Digitized by Google

Decis. 153 W

(9

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Bücherei
des
Landesfinanzamts München
Abteilung für Besitz- und Verkehrsteuern.

Z. No: 26.

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den

deutschen Staaten.

Herausgegeben
MÜNCHEN

von

J. A. Seuffert und E. A. Seuffert.

Neunter Band.

München.
Literarisch-artistische Anstalt
der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.
1855.

Digitized by Google

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart und Augsburg.

Digitized by Google

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

I. Civilrecht.

1.

Statuten-Collision in Bezug auf Forderungen aus Delicten.

Am 26 März 1849 Abends wurde A. zu Frankfurt a. M., als er das Straßen-Trottoir für Fußgänger verlassen gehabt, um ihm begegnenden Damen auszuweichen, von hintenher durch das Handpferd an der Equipage des B. umgestoßen, niedergetreten und in dem Grade beschädigt, daß er bis zum 25 Februar 1850 an einem Schenkelhalsbruch ärztlich behandelt werden mußte. Der Kutscher des B. war zahlungsunfähig, weßhalb A. dessen Dienstherrn B. auf Schadensersatz und Schmerzengelder im Betrage von 497 fl. belangte, und zwar, da B. jetzt im Großherzogthum Hessen wohnte, bei dem Gerichte seines Wohnortes. A. stützte sich darauf, daß der Kutscher von dem Polizeigerichte zu Frankfurt in eine Polizeistrafe von zwei Tagen Gefängniß verurtheilt worden sey, und nach einer Bekanntmachung des Polizei-Amtes zu Frankfurt v. 30 Juli 1851 die Herrschaft für ihre Dienstboten wegen derartiger Vergehungen civiliter zu haften habe.

Bei der Beurtheilung in III. Instanz wurde jedoch angenommen, daß nicht die Frankfurter Gesetze, sondern diejenigen, welche bei dem Proceßgerichte gälten, zur Anwendung zu bringen seyen, weil — wie es in den Entscheidungsgründen heißt —

1) wenn von der inneren Natur einer Verbindlichkeit die Rede sey, die Gesetze des Ortes wo der Proceß verhandelt werde, zur Anwendung kommen;

2) was namentlich bei obligationes ex lege angenommen werde, und dieß

3) insbesondere auch bei Delicten und Klagen aus denselben gelten müsse, indem die hierauf sich beziehenden Gesetze einen zwingenden Charakter besäßen;

v. Savigny, System. §. 374.

4) womit auch der im Strafrechte geltende Grundsatz harmonire, daß, wenn auch das Vergehen im Auslande begangen worden sey, doch nur die Gesetze des Inlandes bei Inländern und bei temporär sich im Inlande aufhaltenden Ausländern in Anwendung zu bringen seyen.

Urtheil des OAG. zu Darmstadt v. 30 Sept. 1853 in S. des Andr. Schmidt aus Frauenstein wider Eduard Müller von Frankfurt, dermalen zu Rödelheim, Forderung betr. Lit. S. Conv. 51. zu Nr. 209. (Z.)

2.

Statuten-Collision. Klage aus einem im Ausland ausgestellten Wechsel.

A. D. WO. Art. 85 u. 86. Vgl. Bd. 8 Nr. 85.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Wenn im Auslande ein Wechsel ausgestellt und indossirt, sowie ein Protest aufgenommen worden, so ist zur Begründung der im Inlande anzustellenden Wechselklage nur der Nachweis der Bedingungen erforderlich, welche das im Inlande geltende Wechselrecht für den erhobenen wechselrechtlichen Anspruch festgesetzt hat, und fällt die nach der A. D. WO. Art. 85 und 86 zulässige Berufung auf die abweichenden Bestimmungen der ausländischen Gesetzgebung unter den Gesichtspunkt einer vom Beklagten vorzuschützenden Einrede, wie denn auch im zweiten Absatze des Art. 85 die Thatsache, daß die von Ausländern geschehenen Wechselerklärungen nach ausländischen Gesetzen mangelhaft sind, als Einwand des Beklagten bezeichnet wird.

Erk. des OAG. zu Rostock. Archiv für deutsches Wechselrecht. Bd. 4 S. 214.

Digitized by Google

3.

Derogirende Kraft des Gewohnheitsrechts, namentlich in Bezug auf die Vorschriften wegen der Förmlichkeiten eines letzten Willens.

Der Beklagte hatte behauptet, daß die Vorschrift des Statutarrechts (des Landrechts der oberen Grafschaft Katzenelnbogen), in Betreff der Förmlichkeiten des vor dem Ortsgerichte zu errichtenden Testaments, durch Gewohnheitsrecht eine bestimmte Modification erlitten habe. Als die Rechtssache an das Oberappellationsgericht erwuchs, erkannte dieser Gerichtshof, daß dem Beklagten der Beweis des Herrschens des behaupteten, der betreffenden Bestimmung des Landrechts derogirenden Gewohnheitsrechtes nachzulassen sey. Denn durch eine legale Gewohnheit könne auch ein positives Gesetz aufgehoben oder modificirt werden;

Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 1. §. 93.

und dieß gelte auch hinsichtlich der äußeren Testamentsförmlichkeiten.

Stryk: De cautel. testam. Cap. XIII. §. 7, 9.

Erk. des OAG. in Darmstadt v. 17 Mai 1827.

(Bopp.)

4.

Restitution. Verletzung durch Veräußerung einer Sache, für welche erhebliche Preis-Steigerung in Aussicht steht.

Hierüber kömmt in den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung vor:

Bei dem hier in Frage stehenden Grundstücke läßt sich mit der Zeit wohl ein erhebliches Steigen des Kaufpreises erwarten, was als ein lucrum cessans, wenigstens bei Minderjährigen, ebenso wohl für die Restitution berücksichtigt werden darf, als ein positiver Verlust. — Fr. 7 §. 6; fr. 44 de de minor. (4,4).

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 26 Febr. 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 22.

Digitized by Google

5.

Restitution minderjähriger Mitinteressenten, wiefern kommt sie auch großjährigen Theilhabern zu gute?

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir was folgt:

Abgesehen von dem Falle wirklicher Untheilbarkeit des Rechts
vgl. fr. 10 pr. quemadm. servit. (8, 6); fr. 17 de servit. (8, 1); fr. 72 pr. de verb. obl. (45, 1),
ist es gewiß, daß die bloße Connexität der beiderseitigen Interessen in der Regel nicht genügen kann, um bei der Restitution über die eigenen Antheile der Minderjährigen hinauszugehen.
C. un. si in communi causa (2, 26); C. 2 si unus ex plur. (7, 68); fr. 47 §. 1 de minor. (4, 4).

Dessenungeachtet muß diese regelmäßige Gränze der Restitution in solchen Fällen überschritten werden, in welchen dem Minderjährigen auf andere Weise gar nicht geholfen werden kann, indem alsdann nicht sowohl den Personen anderer Mitinteressenten die Restitution gewährt, als vielmehr nur der Restitution des Minderjährigen die nöthige Ausdehnung auch über seine eigenen Güter hinaus zu Theil wird. [1]) Daß ein solches Interesse wirklich genügend sey, um der Restitution einen weiteren Umfang über die Eigenthumsantheile der Minderjährigen hinaus zu geben, das liegt

a) schon im Geiste dieses ganzen Rechtsinstitutes, welches immer darauf berechnet ist, dem Minderjährigen eine wahre, durchgreifende Hülfe zu gewähren. Sodann folgt es

1) Im gegebenen Falle handelte es sich davon, durch die Restitution die zur Tilgung einer Schuld beantragte Veräußerung eines Grundstücks abzuwenden, an dessen Eigenthum zwar auch Großjährige participirten, dessen Einkünfte jedoch ausschließend zum Unterhalt der minderjährigen Theilhaber bestimmt gewesen. Eine theilweise Veräußerung des Grundstücks (bemerken die OAGE.-Motive) würde diesen in gleichem Maße die Mittel ihres Unterhaltes entziehen, und überdieß würde schon die gemeinschaftliche Verwaltung, unter Concurrenz eines fremden Miteigenthümers, so viel bedenkliches haben, daß sich die sofortige Wiederaufhebung dieser Gemeinschaft und dadurch der nothwendige Verkauf des ganzen Hauses mit Sicherheit vorhersehen ließe.

Digitized by Google

b) auch aus mehreren einzelnen Anwendungen, in welchen dritte Personen in diese Restitution, sey es zu ihrem Vortheil oder Nachtheil, mit hineingezogen werden, ohne daß ihr persönliches Interesse dabei eigentlich berücksichtigt wird. Namentlich geschieht dieses

1) bei dem Bürgen des Minderjährigen, der zwar nicht leicht für seine Person restituirt wird, dem jedoch die dem Hauptschuldner ertheilte Restitution den Umständen nach ebenfalls zu gute kommen kann;

vgl. fr. 7 §. 1 de except. (44, 1); fr. 51 pr. de procur. (3, 3); fr. 3 §. 4.; fr. 13 pr. de minor. (4, 4);

2) bei dem Vater des Minderjährigen, wenn er mit der actio de peculio belangt wird;

fr. 27 pr. eod.

3) gegen jeden dritten, ganz unbetheiligten Besitzer des Objects der Restitution, sobald dem Minderjährigen nur durch eine restitutio *in rem* geholfen werden kann,

fr. 13 §. 1 eod.

worin doch offenbar eine viel stärkere Ausdehnung der Restitution enthalten ist, als wenn dieselbe nur auf den Antheil eines wirklichen und ursprünglichen Mitinteressenten mit erstreckt wird.

Uebrigens haben auch von jeher alle Schriftsteller, welche diese Frage genauer erörtert haben, darin übereingestimmt, daß die Restitution der Minderjährigen, wenn deren Wirkung dadurch bedingt sey, sich auch auf die Antheile anderer Mitinteressenten miterstrecken müsse; und die Verschiedenheit ihrer Meinungen betrifft eigentlich nur die Frage, in wie weit man in solchen Fällen, namentlich unter Litisconsorten, auch schon von einer wahren Untheilbarkeit des Rechtes reden dürfe.[2])

2) Bezugnahme auf *Sfortia Oddus*, de restit. in integr. P. I qu. 46 art. 3 sq.; *Merenda*, controv. jur. lib. 10 c. 4; Nr. 8, lib. 22 c. 31 Nr. 9; *Lyncker*, de individuitate, cap. 5 sect. 2 Nr. 26; *Carpzov*, resp. lib. 2, resp. 98 Nr. 4; *Leyser*, ad Pand. spec. 61 med. 10, 11; *Wernher*, obs. for. P. I obs. 112; *Dompierre de Jonquières*, de restit. in int. (Lugd. 1767) tit. IV §. 84 p. 303; Glück, Erläut. Th. V S. 573, 574; Burchardi, Wiedereinsetzung S. 585.

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 26 Febr. 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 26 f.

6.

Anfechtung eigener Handlungen. Restitutionsnachsuchung durch den nachlässigen Vormund.

Vgl. Bd. 6 Nr. 104, 142.

Daß die Restitution für Minderjährige nicht durch dieselben Vormünder nachgesucht werden könne, welche das Versehen begangen haben, hat allerdings die Meinung einiger Schriftsteller und die Praxis einiger Gerichte für sich.

J. H. Böhmer, consult. et decis. T. III P. II dec. 88 ad tit. de minoribus; *Wernher*, obs. for. P. I obs. 266; Bülow und Hagemann, Erört. Th. V Nr. 41 b; Strube, rechtl. Bed., Ausgabe von Spangenberg Bd. III S. 329 Anmerk.

Allein die entgegengesetzte Ansicht ist für die richtigere zu halten. Der einzige Grund nämlich, auf welchen jene abweichende Meinung sich stützt, besteht darin, daß niemand seine eigenen Handlungen anfechten dürfe. Allein dieser Grundsatz ist nicht einmal da, wo die Anfechtung im eigenen Interesse geschehen würde, für unbedingt richtig zu halten, und zwar am wenigsten dann, wenn keine positiven Handlungen, sondern lediglich bloße Versäumungen anzufechten sind.

Noch viel weniger kann aber, jener Grundsatz auf solche Verhältnisse bezogen werden, wo die Anfechtung der eigenen Handlung im Interesse eines Dritten, zumal eines Minderjährigen, erfolgen muß. In diesem Falle nämlich entscheidet

1) schon die Rücksicht, daß dem Vormunde ganz allgemein die Vertheidigung seines Mündels obliegt, und daß der Mündel niemals unvertheidigt bleiben darf. Dieß würde aber ganz besonders dann der Fall seyn, wenn der Vormund in Processen, worin sein Mündel als Beklagter der Restitution bedürfte, dieselbe nicht vorzuschützen berechtigt wäre. Es würde

2) allerdings unerklärbar seyn, wie das römische Recht, worin doch so häufig die Restitution der Minderjährigen wegen

Digitized by Google

der Versehen ihrer Vormünder behandelt wird, doch nirgends eines zum Zwecke des Restitutionsverfahrens vorgenommenen Wechsels der Vormünder, oder eines hiezu besonders ernannten Nebenvormunds gedenkt. Zwar beginnt der Fristenlauf bei dieser Restitution erst mit erlangter Großjährigkeit; allein dieser nach der Natur der Sache nothwendige Grundsatz ist offenbar nicht entscheidend, weil die Befugniß, schon während der Vormundschaft Restitution zu suchen, ebenso unbestritten ist, und im allgemeinen die möglichste Beschleunigung solcher Gesuche niemals verabsäumt werden darf. Zudem liegt

3) in den Schlußworten des fr. 38 pr. de minoribus (4, 4) ein directes Zeugniß für die Befugniß und Verpflichtung der Vormünder, gegen eigene Versäumungen Restitution zu suchen, indem hier sogar von der Entsetzung des Vormundes, weil er die Restitution nicht erbeten, geredet wird. Hiezu kommt

4) der ganz entscheidende Umstand, daß der zum Schadensersatz gegen den Mündel genöthigte Vormund sich sogar die durch eine vorgängige Restitution bedingten Klagerechte seines Mündels gegen Dritte, mithin implicite das Recht auf Restitution, selbst cediren lassen darf, so daß er nun in der That sogar in seinem eigenen Interesse sein früheres Versehen anfechten kann. Fr. 25 de admin. tut. (26, 7); fr. 20 §. 1 de tutel. et rat. (27, 3).

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26 Febr. 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 23 f.

7.

Rechtsverhältnisse einer Privat-Pensionsstiftung. Beziehungen zur Staatsgewalt. Rechte der jeweiligen Interessenten, Statute zu errichten.

Zu Bremen war durch Uebereinkunft der Professoren und Präceptoren des Gymnasiums ohne Zuthun der Staatsgewalt (jedoch mit stillschweigender Gestattung der Obrigkeit des öffentlichen Wirkens der Stiftung) eine Pensionsanstalt für die Wittwen und Waisen jener Lehrerkategorie gestiftet worden, welche

Digitized by Google

Anstalt ihren Fortbestand ohne Zuschüsse aus der Staatscasse, hauptsächlich durch die Beiträge der Mitglieder erhalten hat.

Im J. 1837 wurde ein Dr. d'Oleire von der Staatsregierung als Professor des Gymnasiums ernannt, ohne aber mit einem Lehramte an dieser Lehranstalt (resp. an der in deren Stelle getretenen neu organisirten Gelehrtenschule) betraut zu werden, indem ihm nur gewisse Functionen, welche früher Professoren des Gymnasiums wahrgenommen hatten, insbesondere Aspirantenprüfungen und Erstattung von Gutachten, übertragen wurden. Der Anspruch dieses Professors d'Oleire (später seiner Wittwe) auf Betheiligung an jener Pensionsanstalt wurde von den Interessenten als statutenmäßig unbegründet bekämpft, was den Knoten eines Rechtsstreits schürzte. Die oberstrichterliche Beurtheilung desselben gieng von der Voraussetzung aus, daß es sich hier von einer Privatanstalt, von bloßem Privateigenthum handle.

Nun ist freilich (heißt es in den Motiven des OAGE.) dieß nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die jedesmaligen Interessenten der Anstalt für befugt erachtet werden könnten, willkürlich über das Institut und dessen Fonds zu verfügen, und wohl gar jenes gänzlich aufzuheben und diesen unter sich zu theilen; sondern sie sind vielmehr in Folge des Willens der Stifter und deren Nachfolger, sowie der Testatoren, welche die Anstalt bedacht haben, verpflichtet, den Fond zu erhalten und zum Besten ihrer eigenen Wittwen und Waisen, wie derjenigen ihrer Amtsnachfolger zu benützen. Auch steht allerdings der Staatsgewalt das Recht zu, hierüber zu wachen. Denn da durch diese Stiftung für die Wittwen und Waisen öffentlicher Beamten gesorgt worden ist, so ist der Staat wesentlich dabei betheiligt, daß diese Bestimmung auf gehörige Weise erfüllt werde. Ja es ergibt sich dieses Recht der Oberaufsicht des Staates schon aus der ursprünglichen Absicht der Stifter selbst, welche nur darin eine Sicherheit für die Fortdauer ihrer Anstalt erblicken konnten.

Weiter erstreckt sich aber die Befugniß der Staatsgewalt nicht; indem eine Stiftung, bei deren Gründung sie nicht mitgewirkt hat, und zu deren Fonds aus der Staatscasse nichts hergegeben ist, auch nicht unter der Herrschaft und Verwaltung des

Digitized by Google

Staates steht, sondern von den Interessenten selbst zu verwalten ist. Und so lange sie diese ihre Befugnisse nicht mißbrauchen, ist kein Grund zum Einschreiten der Staatsgewalt vorhanden; mithin kann derselben auch keine Disposition über die Casse beigelegt werden. . . . . .

Aus der bisherigen Entwicklung folgt von selbst, daß die Staatsgewalt nicht die Befugniß hat, jemanden der nach dem Zweck der Stiftung kein Recht zum Eintritt in dieselbe hat, dieß Recht zu ertheilen. Daher kann der Senat durch die bloße Verleihung des Titels eines Professors . . . . . ebensowenig als durch die ausdrückliche Anweisung auf die Casse die Aufnahme in die Anstalt erwirken. Jenes wie dieses folgt aus der Fundamental-Einrichtung und der Natur der Anstalt, und das eine wie das andere würde nicht bloß dem ursprünglichen Zwecke entgegen, sondern auch ein wirklicher Eingriff in Privatrechte seyn. . . . . .

Die Interessenten einer solchen Anstalt wie die hier in Frage stehende ist, sind allerdings befugt, Bestimmungen zu beschließen, welche nicht bloß die innere Verwaltung betreffen, sondern auch den Zweck haben, das Fortbestehen der Anstalt zu sichern, wozu namentlich diejenigen Statuten gehören, welche die Qualität und die Leistung des Neuaufzunehmenden betreffen. Diese Befugniß steht auch den Nachfolgern der ursprünglichen Stifter allerdings zu, und brauchte ihnen von diesen nicht erst ausdrücklich verliehen zu werden. Denn es können unmöglich gleich anfangs alle Fälle im voraus bedacht werden, wofür bei einer Anstalt, deren Dauer auf eine unabsehbare Zukunft hinaus beabsichtigt wird, neue, dem Wechsel der Zeiten und Umstände angemessene Bestimmungen erforderlich sind. Wollte man den späteren Interessenten das Recht, solche Anordnungen zu treffen, nicht beilegen, so könnte leicht der Untergang der ganzen Anstalt daraus entstehen, was denn von selbst zu der Annahme führt, daß das **Jus statuendi** der Nachfolger, so weit es im Geiste der ursprünglichen Stifter geübt wird, schon in der Absicht derselben gelegen haben muß. Es bedarf daher nicht erst der Nachweisung, daß sie dieß Recht auch ausdrücklich ihren Nachfolgern ertheilt haben. . . . . .

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 29 April 1843. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 159 f., S. 164.

8.

Eigenthum an Alluvionen und in öffentlichen Flüssen entstandenen Inseln.

Aus einem Erkenntnisse des OAG. zu Celle vom 11 Jan. 1844, in S. der Dorfschaft Alt- und Neu-Garge wider die Domänenkammer, event. die Generaldirection des Wasserbaues zu Hannover, wegen Alluvion an der Gemeindeweide:

„Die Vorschriften der römischen Gesetze, wonach die in der Nähe des einen Ufers eines öffentlichen Flusses sich bildenden Alluvionen und Inseln den Besitzern dieses Ufers zufallen, sind in Deutschland als aufgehoben nicht zu betrachten, weil die durch das Lehnrecht sanctionirte Regalität der öffentlichen Flüsse nur auf die Hoheit, nicht aber auf das Eigenthum des Flußbettes, wenn dieses ganz oder theilweise vom Flusse verlassen wird und als alveus derelictus oder als Insel sich darstellt — zu beziehen ist." (Hdf.)

9.

Verjährung wider Abwesende.

Oberstrichterlich wurde ausgesprochen, daß gesetzlichen Bestimmungen zufolge wider Abwesende nur eine Verjährung von 20 Jahren eintreten kann, ohne daß es in dieser Hinsicht einen Unterschied macht, ob die Abwesenheit erlaubt, beziehungsweise ob ein Mandatar im Orte der belegenen Sache vorhanden ist.

Erk. des OAG. zu Celle vom 17 Januar 1854 in S. des Advocaten Blohm mand. nme w. den Fährschiffer Kühlke wegen Pfandrechts. (Hdf.)

Digitized by Google

10.

Prädialservitut oder bloße persönliche Verbindlichkeit?

Im Jahre 1753 verkaufte W. von seinem ländlichen Grundstück (Kamp) einen Theil an B. und S. In dem Contracte wird der verkaufte Platz nach seiner Größe und seinen Gränzen genau bezeichnet und unter anderm ferner bestimmt: „daß Verkäufer zwar den (an den verkauften Platz angränzenden, näher bezeichneten) Fuhrweg denen Käufern mit überläßt, jedoch Verkäufer solchen mit Käufern gemeinschaftlich zu nutzen und zu gebrauchen, Käufer aber längst solchem Fuhrwege die Planken auf beiden Seiten für ihre Kosten zu ziehen hat, nachmals aber Verkäufer von solchen Planken an der Seite seines Gartens 271 Fuß selbst unterhalten, gleich denn auch derjenige, welcher über kurz oder lang von des Verkäufers übrigen und auf 212 Fuß in der Länge an besagtem Fuhrweg liegenden Kamp etwas kaufen wird, jedesmal die Hälfte der Planken des gekauften Platzes unterhalten muß.... Sodann daß Verkäufer von seinem übrigen Kamp an Niemand anderer Gestalt etwas davon als unter der erpressen Condition verkaufen solle und könne, daß der Käufer keine höhern Gebäude darauf aufführen dürfe, als welche, das Dach mit eingerechnet, nur in allem 25 Fuß hoch seyen, damit der von Käufern zu erbauenden Lohmühle der Wind dadurch nicht entzogen werde, und endlich, daß Käufer auch die im Osten an Verkäufers Kamp zu ziehende Planke allein machen und unterhalten müßten, jedoch daß diejenigen, so von solchem Kamp in der Gegend etwas kaufen, solche Planke gleichfalls pro rata zur Hälfte künftig halten und unterhalten sollen."

Im Jahre 1846 entstand unter den dermaligen Eigenthümern der erwähnten Grundstücke ein Streit darüber, ob durch den Contract von 1753 dem im Eigenthum des Verkäufers verbliebenen sogen. übrigen Kamp eine Dienstbarkeit des Nichthöherbauens oder aber nur dem Verkäufer eine persönliche Verbindlichkeit auferlegt worden sey.

Der oberste Gerichtshof entschied für ersteres. In den

Digitized by Google

Motiven heißt es: der von den Contrahenten selbst angegebene Zweck des Bauverbots ist ein während des Bestehens der zu errichtenden Mühle fortdauernder. Die Erreichung dieses Zweckes konnte nur durch eine von dem Wechsel der Besitzer unabhängige dingliche Belastung des übrigen Kamps gesichert werden, und schon dieser Umstand deutet im Zweifel auf die Absicht der Contrahenten, eine Servitut zu begründen, hin. Dieser Absicht widerspricht auch nicht die Fassung des Contracts, indem vielmehr der Gesammtinhalt desselben keinen begründeten Zweifel darüber zuläßt, daß die Contrahenten diejenigen Rechtsverhältnisse zwischen den Nachbarn, welche eine dauernde Bedeutung haben, durchweg mit dinglicher Wirkung haben ordnen und feststellen wollen.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 24 Nov. 1849. (P.)

11.

Pfandklage. Ersatz gemachter Verwendungen. Erstattung gezogener Nutzungen.

Der Käufer eines Hauses, bezüglich dessen später die Pfandklage erhoben ward, hatte dasselbe seiner Baufälligkeit wegen niederreißen und ein anderes an seine Stelle setzen lassen. Es handelte sich um den Ersatz der auf diesen Neubau verwendeten Kosten, sowie um die Erstattung der vom Käufer gezogenen Nutzungen.

In beiden Beziehungen wurde übereinstimmend in allen drei Instanzen zu Gunsten des beklagten Käufers entschieden.

Die Motivirung der Entscheidung des höchsten Gerichts ist folgende:

„Dem Beklagten ist der Ersatz der Verwendungen, so weit durch sie der Werth der verpfändeten Sache erhöht worden, mit Recht zugesprochen: denn, wenn auch nach

fr. 44 §. 1 de damno inf. (39, 2) [1])

1) »Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepit: deinde creditor eas (aedes) pignori sibi ob-

zwiſchen dem damni infecti nomine Immittirten und dem Käufer eines Grundſtückes wegen der vom Pfandgläubiger zu erſetzenden Verwendungen ein Unterſchied gemacht iſt; ſo kann doch dieß Geſetz auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, weil die Vorſchrift ſich nur auf die Ausbeſſerung eines vorhandenen, nicht aber, wie hier geſchehen ſeyn ſoll, auf ein wiederaufgebautes Haus bezieht. Vielmehr kommt der ſchon im Allgemeinen gültige, auch durch fr. 29 §. 2 de pign. et hyp. (20. 1) ſpeciell anerkannte Grundſatz, daß der Pfandgläubiger die auf die Erbauung des Hauſes verwendeten Koſten um ſo viel, als die Sache dadurch werthvoller geworden, erſetzen müſſe, auch hier zur Anwendung, während andererſeits, da die hypothekariſche Klage nur auf die Herausgabe der Sache zum Zwecke der Befriedigung gerichtet werden kann, der Beſitzer die von ihm immittelſt gezogenen Nutzungen, alſo auch die etwa gezogenen Miethzinſen zu reſtituiren nicht verpflichtet iſt."

Die Begründung der vorinſtanzlichen Entſcheidung ſtimmte damit im weſentlichen überein; nur war darin, mit Rückſicht auf die Umſtände des concreten Falls und auf die Vorſchrift des fr. 29 §. 2 cit., noch ausdrücklich ausgeſprochen,

„daß ein dem Beklagten nachtheiliger böſer Wille und Glauben keineswegs daraus entnommen werden könne, daß er etwa von der Pfandverhaftung bei Vornahme der fraglichen Verwendungen Kunde gehabt habe."

Erk. des OAG. zu Celle vom 17 Jan. 1854 in S. Blohm w. Kühlke wegen Pfandrechts. (Hdſ.)

---

ligatas persequi vult. Non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas *in refectionem* fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emtori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam quis emerit? non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit et debeat: quod non aeque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest.«

Digitized by Google

12.

Die deutschrechtliche Verjährung von Jahr und Tag bei gerichtlichen Auflassungen findet auf die Pfandklage keine Anwendung.

Im §. 2 des ersten Stücks der Statuta Stadensia de 1279 ist (nach der hochdeutschen Uebersetzung in Hagemanns praktischen Erörterungen Bd. VIII. S. 111 ꝛc.) bestimmt:

„So jemandem ein Erbe aufgelassen wird, der soll immer Bürgen nehmen, daß er gewährt werde Jahr und Tag. — Wenn nun der Mann gewähret ist Jahr und Tag, so kann er sein Erbe mit eigener Hand auf seinen Eid vorzüglich behaupten, alsdann es ihm niemand abgewinnen kann. So jemand es auch gewinnen wollte, der soll es innerhalb Jahres und Tages gewinnen, oder besprechen."

Unter Berufung auf diese Bestimmung wurde einer angestellten Pfandklage, die nicht binnen Jahr und Tag nach Auflassung des angeblich verpfändeten Grundstücks erhoben war, die Einrede der Verjährung entgegengesetzt.

In Uebereinstimmung mit den vorinstanzlichen Entscheidungen wurde oberstrichterlich diese Einrede verworfen, weil die l. c. enthaltenen Bestimmungen, hinsichtlich der in Folge gerichtlicher Auflassung eintretenden, lediglich dem deutschen Rechte angehörenden Verjährung von Jahr und Tag, in Anbetracht daß das Institut des Hypothekenwesens dem deutschen Rechte gänzlich fremd ist, auf die hypothekarische Klage Anwendung nicht finden.

Erk. des OAG. zu Celle vom 17 Jan. 1854 in Sachen des Advocaten Blohm zu Stade, als Mandatars der Ehefrau Martin u. Comp. w. den Fährschiffer Kühlke, modo dessen Erben, wegen Pfandrechts. (Hdf.)

Digitized by Google

13.

Verzicht des Pfandgläubigers auf sein Pfand- oder Vorzugsrecht durch Mitwirkung bei der Ausfertigung der Urkunde über die weitere Verpfändung.

Ein Pfandgläubiger hatte als Mitglied des Ortsvorstandes bei Ausstellung einer Schuld- und Pfandverschreibung, wodurch das ihm constituirte Unterpfand einem andern verpfändet wurde, mitgewirkt. Daraus entwickelte sich ein Rechtsstreit zwischen den beiden Pfandgläubigern über das Vorzugsrecht, indem der jüngere Pfandgläubiger als Beklagter dem ältern als Kläger den Einwand entgegensetzte, er habe durch Mitwirkung bei Ausstellung der ihm, Beklagtem, ausgefertigten Verschreibung auf sein eigenes Pfandrecht Verzicht geleistet. Diese Einrede wurde verworfen. Oberstrichterliche Erwägungen: Allerdings ist es nach fr. 12 pr. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. (20, 6) gewiß, daß der Pfandgläubiger, welcher gestattet, daß das ihm constituirte Unterpfand weiter verpfändet werde, auf sein Pfandrecht (oder sein Vorzugsrecht) verzichte; auch ist anerkannt, daß es der ausdrücklichen Zustimmung nicht bedürfe, daß sie auch stillschweigend durch sprechende Handlungen ertheilt werden könne. — Fr. 9 §. 1 eod. tit. — Es fragt sich nur, ob in dem vorliegenden Fall eine solche stillschweigende Einwilligung sich darlege? Sie soll darin bestehen, daß Kläger bei Ausfertigung der dem Beklagten ausgefertigten Verschreibung in der Weise mitgewirkt habe, daß er die Beantwortung der üblichen Fragen mit unterschrieben, und namentlich bezüglich der fünften Frage mitbezeugt habe, die Pfandobjecte seyen noch unverpfändet. Indessen kann dieser Thatsache die erforderliche Concludenz nicht beigemessen werden. [1]) Denn wenn auch die Gesetze wollen, daß aus der von dem

1) Sollte dieser besondere Umstand nicht zu Begründung einer exceptio doli dienlich seyn? Allerdings mag es häufig vorkommen, daß solche Unterschriften ohne Notiznahme vom Inhalte des Protokolls ertheilt werden; aber läßt sich ein dergleichen Sachverhalt unter Umständen voraussetzen, wo es dem Mitunterzeichnenden nicht entgehen konnte, daß sein eigenes Interesse in Frage sey? (S.)

Digitized by Google

Gläubiger bewirkten Unterzeichnung der Urkunde über den Verkauf oder die weitere Verpfändung der ihm selbst verpfändeten Sache dessen Einwilligung in einer solchen Art gefolgert werden solle — (fr. 8 §. 15; fr. 9 §. 1 eod.), so setzen sie doch voraus, daß diese Unterzeichnung unter Umständen erfolgt sey, welche an der Absicht, seinen Consens zu ertheilen, nicht zweifeln lassen, oder daß wenigstens diese Unterzeichnung nicht unter Umständen erfolgt sey, welche diese Absicht mit Grund bezweifeln lassen; sie sprechen keineswegs aus, daß aus der Thatsache der Unterzeichnung unbedingt, sogar mit der Wirkung daß selbst der Beweis einer entgegengesetzten Absicht ausgeschlossen seyn solle, die Einwilligung erfolge; sie wollen nur, daß daraus eine rechtliche Vermuthung hergeleitet werde, ohne dem Recht des Gläubigers einen andern Zweck nachzuzeigen oder nachzuweisen, daß die Unterzeichnung unter Verhältnissen erfolgt sey, welche die Vermuthung des Gesetzes ausschließen, zu nahe zu treten. Weber: über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß S. 144[2]). Was dieser Rechtslehrer in Bezug auf Einwilligung bemerkt, muß um so mehr dann Anwendung finden, wenn es sich von der Beurtheilung einer Thatsache handelt, die gesetzlich darauf schließen läßt, daß die Einwilligung erfolgt sey. [3]) Vor allem aber ist zu dieser Schlußfolgerung erforderlich, daß der Gläubiger als Privatperson gehandelt habe, nicht in öffentlicher Eigenschaft thätig gewesen sey. Nur in jener Eigenschaft hat er auf Rechte verzichten können; in dieser hat er nur den Anforderungen seines Amts genügt, das ihn nicht dazu auffordert, sein Privatinteresse zu beachten. Auch dürfte es nach Analogie des fr. 4 §. 1 eod. als Bedingung der Unterstellung der Einwilligung anzusehen seyn, daß sie ohne Vorbehalt geschehen sey; aus der ohne Vorbehalt bewirkten Unterzeichnung einer Pfandverschreibung kann aber nur dann auf Einwilligung geschlossen werden, wenn eine Verpflichtung zum Reden und zum Vorbehalt des Rechts vorliegt, was

2) Dritte Ausgabe mit Anmerkungen und Zusätzen von Heffter. 1845. S. 81.

3) Vgl. auch fr. 39 de pignerat. act. (13, 7). S.

hier nicht der Fall. Aus jener Unterzeichnung läßt sich nichts weiter ableiten, als das Wissen des Pfandgläubigers, seine Pfänder sollten weiter verpfändet werden; daß aber dieses Wissen und das Schweigen nicht darauf schließen lasse, er wolle sich seines Pfandrechts begeben, ergibt die klare Bestimmung des fr. 8 §. 15 eod.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 28 Januar 1838.

(Bopp.)

14.

Das Verbot der Zinsen ultra alterum tantum findet auf die während des Concurses aufgelaufenen Zinsen keine Anwendung.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung heißt es: die Vorschrift des gemeinen Rechts, nach welcher, wenn die rückständigen Zinsen die Höhe des Capitals erreichen, der Zinslauf von der Zeit an aufhören soll, kann keine Anwendung finden, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Gläubiger rechtlich in die Nothwendigkeit gesetzt sind, die Zinsen aufschwellen zu lassen.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 27 Oct. 1842. (P.)

15.

Creditbewilligung mit der Zeitbestimmung, „wie es dem (Waaren-) Schuldner gerade passe und in seinen Kräften stehe."

Vgl. Bd. 3 Nr. 151.

Es handelte sich von Würdigung einer (behaupteten) Erklärung des Klägers:

> daß Beklagter wegen der Zahlung in keiner Weise an irgend eine Zeit gebunden seyn solle, sondern vielmehr solche lediglich so leisten könne, wie es ihm gerade passe und in seinen Kräften stehe.

Hierüber sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe unter anderem:

Digitized by Google

Schon nach gemeinem Rechte gelangt man zu dem Ergebnisse, daß Beklagter auf Grund einer derartigen Zusicherung eine längere als die bis zur Klaganstellung ihm bereits gewährte, mehr als zweijährige Gestundung nicht beanspruchen könne. Denn gänzlich in die Willkür des Schuldners würde die Zeit der Zahlung hiedurch keineswegs gestellt seyn, welchen Falls erst nach dessen Tode die Zahlung verlangt werden könnte.

Fr. 9 qui sine manumiss. (40, 8).

Vielmehr könnte in der behaupteten Erklärung nur eine unbestimmte, nach den präsumtiven Vermögenskräften des Schuldners zu bemessende Gestundung gefunden werden, welchen Falles, wenn sich die Interessenten über die Zahlungsfrist nicht einigen, schon der Natur der Sache nach richterliches Ermessen einzutreten hat.

Für dieses gewährt . . . . . die Erwägung Anhalt, daß der Beklagte vorausseßlich die vom Kläger entnommenen Waaren längst in seinem Geschäfte anderweit mit Vortheil verwendet und hiedurch die Mittel zu Klägers Bezahlung erlangt habe.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Febr. 1853 (Deuch w. Helbig). Ztschft. f. Rpflg. u. VW. N. F. Bd. 13 S. 51.

16.

Vertragsclausel („Empfang erklärt") angeblich ohne deren Verständniß beigefügt.

Vgl. Bd. 2 Nr. 92; Bd. 3 Nr. 141; Bd. 8 Nr. 26.

Wird ein Waarenhandel unter der Clausel „Empfang erklärt" abgeschlossen, so hat dieß nach weit verbreiteter Usance die Rechtswirkung, daß damit selbst dann, wenn der Käufer die ihm hoch aufgepackt vorgezeigten Ballen nicht näher untersucht, alle beim gewöhnlichen Handel zulässigen Ausstellungen und Einwendungen gegen Qualität, Beschaffenheit und Zustand der Waare ausgeschlossen sind, dergestalt daß die Waare so betrachtet werden muß, als wäre sie bereits empfangen.

In einem gegebenen Falle machte der Käufer gegen die Wirksamkeit der gebrauchten Clausel „Empfang erklärt" den Ein-

Digitized by Google

wand, daß er die Bedeutung der Clausel gar nicht verstanden habe. In Beurtheilung dieses Einwandes sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Ein Irrthum ist hier nach des Käufers eigenen Angaben nicht vorhanden gewesen, sondern er hat sich wissentlich gefallen lassen, daß auf specielles Verlangen der Verkäufer eine ihm unverständliche Clausel in den Contract aufgenommen worden ist; er hat sich also hiedurch dieser Clausel allgemein und unbedingt in demjenigen Sinne, welcher auch derselbe seyn möge, unterworfen, den sie nach dem kaufmännischen Sprachgebrauche und nach der Usance hat, und wenn sie daher jetzt in diesem Sinne gegen ihn angewandt wird, so geschieht nur das, worin er selbst eingewilligt hatte.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 11 Oct. 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. 1 S. 108 vgl. mit S. 97 f.

17.

Auf den Kauf in öffentlicher Versteigerung, selbst in der außergerichtlichen, findet die Rescission wegen Verletzung über die Hälfte keine Anwendung.

Vgl. Bd. 4 Nr. 213 (4); Bd. 6 Nr. 323.

Diesen Satz adoptirend, bedeutete der oberste Gerichtshof in München einem Käufer, der in einem öffentlichen Güterstriche eine Wiese um 461 fl. ersteigert hatte, die seiner späteren Meinung nach keine 200 fl. werth seyn sollte, auf seine Rescissionsklage die Abweisung. Motive:

1) Die Rescission des Kaufes wegen Verletzung über die Hälfte beruht auf einer an jenes Mißverhältniß geknüpften Rechtsvermuthung, daß der Verletzte, nur durch Irrthum oder Täuschung verleitet, einen für ihn so nachtheiligen Vertrag eingegangen habe; aus diesem Grunde bleibt das Rechtsmittel ausgeschlossen, wenn derselbe beim Kaufe erweislich den wahren Werth schon kannte,[1])

1) C. 11 de rescind. vend. (4, 44).

Digitized by Google

oder sich des Rücktrittes aus jenem Rechtsgrunde ausdrücklich begeben hat. [2])

2) Die Publicität einer öffentlichen Versteigerung setzt jeden Kaufsliebhaber in den Stand, über den wahren Werth der Sache schon vorher die genauesten Erkundigungen einzuziehen und über den höchsten Preis, den er dafür zu bieten gedenkt, mit sich einig zu werden, so daß eine Ueberraschung der Kauflust nicht wohl denkbar ist.

3) Eine Verleitung durch falsche Vorspiegelungen über den Werth der Sache ist hier nicht annehmbar, weil der Versteigerer den Käufer im voraus gar nicht kennt oder zu kennen braucht, nur den Aufwurfspreis angibt, der wahre Verkaufspreis dagegen durch die Steigerung selbst als eine ohne sein Zuthun bewirkte Erhöhung bestimmt wird, und also ein auf den Vorschlag des ersteren gesetztes Vertrauen gar nicht vermittelnd auf den Abschluß mit einwirkt. Der Grund des Gesetzes versagt daher auf diese Form, den Kauf zu Stande zu bringen, seine Anwendung.

4) Wenn die Preise der Sachen, und insbesondere der liegenden Güter mit Rücksicht auf ihre Ertragsfähigkeit gleichwohl sehr wandelbar sind, so muß demnach die allgemeine Concurrenz eines öffentlichen Aufstriches für den dermaligen Ort, Zeit und übrige Umstände den sichersten Maßstab dafür bilden, welches der gemeine Werth einer Sache sey, um den sie veräußert werden konnte. [3]) Die Versteigerung selbst fördert also durch ihr Ergebniß über den wahren Werth und erzielbaren Preis einer Sache eine öffentlich constatirte Notorietät zu Tage, gegen welche die Behauptung einer Verletzung über die Hälfte, als durch die Thatsachen widerlegt, zurücktreten muß.

5) Der Meistbietende, welcher später wegen Unverhältniß-

---

2) Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 356. Vergl. preuß. L. R. I. 11 §§. 59, 65, 66.

3) Arg. fr. 1 §. 16 ad Sen. Cons. Treb. (36, 1): quanti valet, ... hoc est quanti vendere potest." Vgl. fr. 18 §. 3 de don. mot. c. (39, 6) .... *quanti venire potuisset;* idem in fundo ... observari poterit, *ut pretium excutiatur* (d. i. um den Preis zu ermitteln).

Digitized by Google

mäßigkeit des Preises vom Kaufe wieder abgehen wollte, ist außer Stand, den Verkäufer in die vorige Lage zurückzuversetzen; denn er hat ihm die Möglichkeit benommen, das Gut an den unmittelbar vorhergehenden Steigerer zuzuschlagen, welcher es um ein geringes billiger gekauft und allen Umständen nach bezahlt hätte; er müßte diesen Schaden, den er schuldhaft zugefügt, jedenfalls ersetzen. Hieraus erhellt mit Sicherheit, daß ein Verzicht auf jenes Rechtsmittel, wenn gleich nur stillschweigend, dennoch in den selbstverständlichen Bedingnissen der Versteigerung begriffen sey.

6) Wäre erweislich das Hinauftreiben des Preises durch ein künstliches Spiel oder betrügliche Mittel bewirkt worden, so würde die Klage wegen Betruges, aber nicht die wegen Verletzung über die Hälfte stattfinden. Man kann für dieselbe Ansicht noch die C. 3 si propt. publ. pens. (4, 46) anführen, wo es heißt: „Si quis fundum, vel mancipium .... convento debitore et apud judicem interpellatione celebrata, cum solutio cessaverit, sub hasta distracta comparaverit, *perpetuam emtionis accipiat firmitatem.*“ Was hier für den öffentlichen Aufstrich zur Abführung rückständiger Gefälle verordnet ist, erstreckt sich bei der Gleichheit des Grundes in dem neueren Rechte wohl auch auf jede Privatversteigerung, da diese Veräußerungsart erst in dem neueren Verkehr ihre praktische Entwicklung und tägliche Frequenz gefunden hat.

OAG. Erk. vom 17 Febr. 1855 in Sachen Knauer w. Thaler. — Reg. Nr. 471 52/53. ****

18.

Verträge zu Gunsten Dritter.

Die Klägerin führte an: sie sey eine uneheliche Tochter der Ehefrau des Beklagten, welche bei Eingehung der Ehe mit diesem zur Bedingung gemacht habe, daß er von ihrem Vermögen 1000 Mark an die Klägerin herausgebe und von ihrem 14ten Jahre an mit 4 Procent verzinse, wogegen dem Beklagten die Alimentation der

Digitized by Google

Klägerin nicht zur Last fallen solle, was denn auch nicht geschehen sey. Klägerin forderte die rückständigen zehnjährigen Zinsen. Beklagter erwiderte unter anderm, daß aus dem behaupteten, zwischen der unehelichen Mutter der Klägerin und ihm abgeschlossenen Vertrage die Klägerin keine Rechte habe erwerben können. Die Klage wurde für begründet erachtet. In den oberstrichterlich gebilligten Motiven des obergerichtlichen Erkenntnisses heißt es:

Die unbedingte Vorschrift des älteren römischen Rechts, nach welcher die zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Geschäfte nicht einmal zwischen den Contrahenten selbst Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, ist als Regel auch in dem neuesten römischen Rechte keineswegs aufgehoben, vielmehr nur unter bestimmten Voraussetzungen die Gültigkeit solcher Verträge ausnahmsweise anerkannt, was insbesondere ganz allgemein in dem Fall stattfindet, wenn für den Contrahenten bei der an einen Dritten verabredeten Leistung ein eigenes, in dem Geschäfte selbst begründetes Interesse obwaltet.

Fr. 38 §. 20; fr. 118 de V. O. (45, 1),
C. 3 de inut. stip. (8, 39).

Die von dem Beklagten mit seiner Ehefrau eingegangene Eheberedung muß ohne Zweifel aus diesem Gesichtspunkte als zu Recht beständig angesehen werden, da der Beklagte durch die eingegangene Eheberedung von der Last der Erziehung der Klägerin, welche ihm als Stiefvater (nach einem angezogenen Landesgesetz) obgelegen, nicht allein befreit wurde, sondern überdieß den unverzinslichen Gebrauch der 1000 Mark erhielt, die Mutter der Klägerin aber ein Interesse hatte, bei Eingehung der Ehe, in Erwartung ehelicher Descendenz, für die Versorgung ihres unehelichen Kindes die erforderliche Vorkehrung zu treffen. Nun bedarf es zwar, um ein Klagerecht der Klägerin als einer dritten, nicht durch ihre uneheliche Mutter repräsentirten Person gegen den Beklagten zu begründen, noch eines besonderen Grundes, weil der Dritte der Regel nach aus einem Vertrage anderer gegen den Promittenten keine Rechte für sich erwirbt.

Fr. 4 de O. et A.

Digitized by Google

fr. 38 §. 17; fr. 126 §. 2 de V. O. (45, 1).

Ein solcher Grund ist für den vorliegenden Fall aber auch in den Gesetzen enthalten, indem nach

C. 3 de donat. quae sub modo (8, 55)

alsdann, wenn jemanden etwas mit der Auflage geschenkt ist, dasselbe nach einiger Zeit einem Dritten herauszugeben, dieser Dritte gegen den Beschenkten eine actio utilis auf Herausgabe des geschenkten Gegenstandes hat, die unverzinsliche Uebertragung der 1000 Mrk. auf den Beklagten abseiten der Mutter der Klägerin bis zum 14jährigen Lebensalter derselben aber nur allein aus dem Gesichtspunkt der Liberalität derselben gegen ihren zukünftigen Ehemann betrachtet werden kann, weil es ja lediglich in dem Willen der nachherigen Ehefrau des Beklagten stand, diese 1000 Mrk. vor Eingehung der Ehe mit demselben sofort auf ihre Tochter, die Klägerin, zu übertragen. Auch abgesehen von den Grundsätzen des deutschen Rechts steht solchem nach der Klägerin ein Klagrecht gegen den Beklagten zu. . . .

Erk. des OAG. zu Kiel v. 26 Jan. 1842. (P.)

19.

Verbindlichkeit zur Ausstellung einer Quittung zum Zwecke der Hypothekenlöschung.

Vgl. Bd. 1 Nr. 330; Bd. 8 Nr. 246; Bd. 9 Nr. 20, 21.

Uebereinstimmend mit der in Bd. 1 Nr. 330 mitgetheilten Entscheidung des OAG. zu Dresden hat auch das OAG. zu Celle (dritter Senat) anerkannt, daß jedem Gläubiger, welcher sich zur Sicherung seines Anspruchs eine Hypothek hat bestellen und ingrossiren lassen, die rechtliche Verpflichtung obliegt, nach erfolgter Befriedigung, den Schuldner — auf dessen Kosten — durch Ausstellung einer beglaubigten Quittung oder durch eine genügende Erklärung seiner Einwilligung in den Stand zu setzen, die Löschung beantragen zu können.

Der Beklagte hatte zur Ablehnung einer derartigen Ver-

Digitized by Google

pflichtung namentlich auch geltend gemacht, wie er bereits in einem früheren, seinerseits gegen die Klägerin geführten Rechtsstreite, unter gleichzeitiger Rückgabe der ausgestellten Schuldurkunde, die Erklärung abgegeben habe, daß das Darlehen quaest. allerdings zurückgezahlt sey. Das höchste Gericht nahm indessen an, daß die Bezugnahme auf diese Erklärung nicht geeignet sey den Beweis zu liefern, daß die Ausstellung einer beglaubigten Quittung zum Zweck der Beantragung einer Löschung der dem Beklagten bestellten Hypothek überflüssig geworden sey.

Erk. vom 28 Juni 1853 in Sachen der Ehefrau Feldmann zu Riemsloh wider den Obergerichtsanwalt H. in O. Juristische Zeit. für Hannover, Jahrg. 1854. Nr. 22 [1]). (Hdf.)

20.

Verbindlichkeit zur Quittungsausstellung.

Vgl. Bd. 1 Nr. 330; Bd. 8 Nr. 246; Bd. 9 Nr. 19, 21.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

„Die beiden Grundsätze, auf welchen die Entscheidung der vorigen Instanz beruht,

a) daß der Schuldner, welcher Zahlung geleistet, durch den bloßen Rückempfang der Schuldverschreibung keine hinreichende Sicherheit gegen fernere Ansprüche erhalte, und

b) daß der Gläubiger über die von seinem Schuldner erhaltene Zahlung unbedingt Quittung zu leisten habe,

sind ganz richtig. Soviel nämlich den Satz

ad a.

anlangt, so gibt zwar die Rückgabe der Schuldurkunde dem

---

1) Aus der fraglichen Mittheilung ergibt sich nicht, ob dieß höchste Gericht allgemein die, bekanntlich streitige, Verpflichtung jedes Gläubigers, nach erfolgter Befriedigung eine Quittung auszustellen, hat anerkennen wollen, wie es umgekehrt bedenklich seyn möchte, aus dem Wortlaute der Entscheidung zu folgern, daß dem Erkenntnisse die gegentheilige Ansicht zu Grunde gelegen habe. (Hdf.)

Digitized by Google

Schuldner die Einrede, es habe der Gläubiger dadurch seine Absicht, den Anspruch nicht geltend zu machen, zu erkennen gegeben; es genügt jedoch hierzu nicht der bloße Besitz der Schuldurkunde, vielmehr muß der Schuldner noch außerdem beweisen, daß ihm solche von dem Gläubiger zurückgegeben worden sey. Denn der Inhalt der Schuldurkunde spricht nicht für den Schuldner, sondern für diejenige Person welche darin als Gläubiger angegeben ist. Auch nützt es dem Schuldner nichts, wenn er eine aus- oder durchstrichene Schuldurkunde producirt, weil ihm allemal entgegengehalten werden kann, er habe die Urkunde bloß zum Scheine ausgestellt und dann durchstrichen, um sich ein Beweismittel für die Tilgung der Schuld zu verschaffen. Dieser Ansicht steht auch das

fr. 24 de prob. (22, 3): si chirographum cancellatum sit, videri debitorem praesumtione liberatum —

nicht entgegen. Denn diese Stelle handelt von dem Falle, wo der Gläubiger die durchstrichene Urkunde producirt, und beruht auf der Annahme, daß der Gläubiger in der Absicht, den Schuldner zu liberiren, das Durchstreichen vorgenommen habe.

Soviel den Satz

ad b.

anlangt, so ist zwar kein ausdrückliches Gesetz vorhanden, welches die Verbindlichkeit des Gläubigers, über die von seinem Schuldner erhaltene Zahlung Quittung zu leisten, ausspricht, es folgt dieß jedoch aus der Erwägung, daß der Schuldner, welcher zahlt, ein Recht auf Liberation hat. Hieraus erklärt sich daß, wie von

Sintenis, das prakt. gemeine Civilrecht, Bd. 2 S. 407 not. 89

gezeigt wird, sowohl unter den ältern, als auch unter den neuern Rechtslehrern Einverständniß darüber herrscht, daß der Schuldner, es mag über die Schuld eine Urkunde existiren oder nicht, nur gegen Empfangnahme einer Quittung zu zahlen verbunden ist, und wenn er bereits gezahlt, ein Klagrecht auf Quittungsleistung gegen den Gläubiger hat.

Der Beklagte bemerkt hiergegen, es würde, wenn die Verbindlichkeit zu Ausstellung einer Quittung eine allgemeine wäre,

Digitized by Google

gerade derjenige Geschäftsverkehr gestört und gehindert werden, an dessen schneller Abwickelung den Interessenten am meisten gelegen wäre. Indessen kann hierauf kein entschiedenes Gewicht gelegt werden, weil es bei diesen Acten des täglichen Verkehrs auch im Interesse derjenigen Personen, welche nach strengem Rechte Quittungen verlangen könnten, liegt, den Geschäftsgang nicht ohne Noth zu hindern und zu erschweren."

Erk. des OAG. zu Dresden v. 8 Juli 1852. Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle. 1852 Nr. 61 S. 488.

Uebereinstimmend heißt es in den Motiven einer Entscheidung des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel vom 19 Januar 1838:

Der Gläubiger ist, nicht nur nach der Billigkeit und dem allgemeinen Gebrauche, sondern auch nach genügend deutlichen Bestimmungen des gemeinen Rechtes,

arg. C. 18 de testibus (4, 20), Nov. 90 c. 2; C. 19 de fide instrum. (4, 21)

schuldig, über die empfangene Zahlung seinem bisherigen Schuldner eine gehörig eingerichtete Quittung zu ertheilen. (R.)

21.

Klage auf Quittungs-Ausstellung.

Vgl. Bd. 1 Nr. 330; Bd. 8 Nr. 246; Bd. 9 Nr. 19, 20.

Eine Klage auf Ausstellung von Quittungen wurde nicht auf einen speciellen Verpflichtungsgrund, sondern lediglich auf den allgemeinen Rechtssatz gegründet, daß derjenige, welcher eine Zahlung empfangen habe, eine Quittung darüber ertheilen müsse; und es lag auch nicht etwa der Fall vor, daß bei einer Zahlung eine Quittung verlangt und nicht geliefert, oder daß eine dabei ertheilte Quittung verloren worden, sondern es wird auf die Quittungen geklagt, nachdem die fraglichen Zahlungen und Ablieferungen vor Jahren ohne Quittung und ohne Vorbehalt geschehen waren.

Digitized by Google

Eine solche Klage (sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung) ist schon an sich und überhaupt für unstatthaft zu achten. Soviel nämlich

1) das geschriebene gemeine Recht anbetrifft, so läßt sich ein derartiges Klagrecht weder aus den allgemeinen Bestimmungen desselben über die Klagen herleiten, noch findet sich darin irgend eine hier anwendbare specielle Vorschrift. Denn aus dem Satze, daß bei einem legatum liberationis der Legatar gegen den Erben auf Liberation durch eine acceptilatio oder durch ein pactum de non petendo klagen kann,

fr. 3 §. 3; fr. 5; fr. 7 §. 1 de liberat. leg. (34, 3),

in welchem Falle dem Erben im Testamente die specielle Verpflichtung zur Liberation des Schuldners auferlegt ist, und daher dem letzteren hierauf eine actio ex testamento zusteht, folgt offenbar kein Klagrecht auf Ausstellung einer Quittung aus dem bloßen Fundament einer empfangenen Zahlung; und die

C. 26 de liberali causa (7, 16)

kann, da sie ein ganz eigenthümliches Verhältniß, nämlich der Sicherstellung des status libertatis, zum Gegenstande hat, nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Auch in der

C. 18 de testibus in med. (4, 20)

ist theils nur von dem Falle die Rede, wo bei der Zahlung eine Quittung verlangt wird, theils wird darin dem Gläubiger nicht einmal eine bestimmte Verpflichtung zu deren Ausstellung auferlegt. Vielmehr ergibt sich daraus, daß in den Schlußworten der

C. 18 de testibus

und der

C. 19 de fide instrument. (4, 21)

gar keine Erwähnung davon geschieht, daß derjenige, welcher eine ihm ausgestellte Quittung verloren, oder eine Quittung ohne Gegenquittung ausgeliefert hat, sich solche im Wege einer Klage verschaffen könnte, wie wenig im Römischen Rechte ein Gedanke an ein dergleichen Klagrecht stattfindet.

2) Die Behauptung, daß eine solche Klage bei uns durch Gewohnheit, Gerichtsgebrauch, oder Doctrin eingeführt sey, ist gleichfalls ungegründet. Denn hiernach steht nur der Satz fest,

Digitized by Google

daß der Schuldner nicht ohne Quittung zu zahlen braucht, und bis zur Ausstellung derselben die Zahlung zurückhalten kann [1]).

Für die Meinung hingegen, daß hinterher eine Klage auf Ausstellung einer Quittung angestellt werden könne, läßt sich, abgesehen von den schon oben erwähnten Fällen, wenn entweder eine bereits ausgestellte Quittung verloren gegangen [2]), oder eine Quittung bei der Zahlung selbst verlangt worden ist [3]), schwerlich eine schriftstellerische Autorität nachweisen, indem namentlich

Faber, defin. for. lib. 8, tit. 30 def. 3 und *Zoesius*, comment. ad Pand. lib. 46 tit. 3 additum ad Nr. 31

ganz unbestimmt reden, so daß es ungewiß bleibt, ob ein Klagrecht oder ein bloßes Retentionsrecht vor der Zahlung gemeint sey; und die gedachte Meinung ist auch weder in den Gerichten angenommen, noch läßt sich behaupten, daß dieselbe durch eine im Leben und im Publicum herrschende Rechtsansicht unterstützt werde.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 20 April 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 58 f.

22.

Klage zur Bewahrung von Vertragsrechten, welche künftig zur Verwirklichung kommen sollen; insbesondere gegen den künftigen Erblasser von Seite des Erbvertrags-Acceptanten.

Vgl. Bd. 6 Nr. 137.

Aus einem Vertrag, durch welchen dem Kläger die künftige Succession in die Brinksitzerstelle des Beklagten zugesichert war,

1) Bezugnahme auf *Stryk*, de cautel. contract. sect. 1, cap. 3 §. 3; *Leyser*, spec. 175 med. 2, sp. 530 med. 1, 2; *Voet*, comment. lib. 46 tit. 3 §. 15; *Brockes*, obs. select. obs. 510; Gesterding im Arch. f. civ. Pr. Bd. 1 S. 16—18 u. Ausbeute von Nachforsch. Th. 3 S. 427—429; ferner auf die letztere Ausführung beitretend allegirenden Thibaut, Pand. §. 665 not. r; v. Wening-Ingenheim, Civ.-R. Buch 3, §. 111 (245) not. k und *Mühlenbruch*, doctr. Pand. §. 468 not. 2.

2) Bezugnahme auf *Lauterbach*, colleg. theor. pr. lib. 46 tit. 3 §. 31.

3) Bezugnahme auf *Ziegler*, discept. select. them. 12 thes. 13.

Digitized by Google

wurde aus Anlaß besonderer Anzeigen der Absicht des letzteren, die fragliche Stelle bei Lebzeiten seiner Tochter M. zuzuwenden, im Wege der Klage auf ein dahin zu erlassendes Pönalmandat angetragen: nichts zu unternehmen, wodurch Klägers Recht auf die fragliche Stelle gefährdet oder alterirt werden könnte. Dieser Antrag wurde für statthaft erachtet. Gründe:

Die Klage bezweckt die Conservirung der dem Kläger aus dem Vertrage mit dem Beklagten zustehenden persönlichen Rechte. In allen bonae fidei judiciis steht es dem Berechtigten frei, so lang der Tag der Erfüllung noch nicht gekommen ist, auf Leistung einer Caution für diese künftige Erfüllung anzutragen, wenn dazu gerechte Gründe vorhanden sind.

Fr. 41 de judiciis (5, 1); fr. 38 pr. pro socio (17, 1); Schweppe, röm. Priv.-R. Ausg. 4 §. 187.

Nun gehört aber die dem gegenwärtigen Anspruche aus dem pactum successionis anticipatae zum Grunde liegende Klage, man mag nun dieselbe als eine Contractsklage oder als eine hereditatis petitio ansehen, zu den bonae fidei judiciis.

§. 28 Inst. de actionibus (4, 6); C. 12 §. 3 de petit. hered. (3, 31).

Der Tag der Erfüllung war zur Zeit der Klage nicht erschienen, und an einer justa causa, eine Sicherheit zu begehren, fehlte es auch nicht, da nach der eigenen Angabe des Beklagten schon die Bemeierung seiner jüngeren Tochter mit der Stelle stattgefunden hat, also seine Absicht, die Stelle dem Kläger zu entziehen, offen zu Tage liegt. — Auch die Form, in welche der Kläger seinen Antrag gekleidet hat, indem er nämlich um ein an den Beklagten zu erlassendes Pönalmandat gebeten hat, muß für völlig zulässig erachtet werden. *J. H. Böhmer*, de jur. futur. (exerc. Tom. I ex. 51 cap. 2 §. 10) . . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck, v. 5 Dec. 1842. Gebr. Brem. Samml. Bd. I S. 117 f.

Digitized by Google

23.

Ungültigkeit der Ceſſion einer Forderung gegen die Pupillen an den Vormund, nicht bedingt durch den *dolus* desſelben und nicht ausgeſchloſſen durch ſein verwandtſchaftliches Verhältniß zu denſelben, oder die vorgängige Zuſtimmung des verſtorbenen Vaters zu der Ceſſion, oder endlich die obercuratoriſche Genehmigung.

Der Tabaksfabricant Gropp zu Gr. Rhüden hatte ſich eine Forderung an ſeine Tochterkinder, nachdem er zum Vormunde für dieſelben beſtellt worden, cediren laſſen.

Der Vater ſeiner Pupillen, der weil. Chokoladenfabricant Klügel, hatte in einer letztwilligen Verfügung eine derartige Uebertragung der fraglichen Forderung an ſeinen Schwiegervater als zwiſchen dieſem und ihm beabſichtigt bezeichnet.

Später trat der Tabaksfabricant Gropp gegen den, zu dieſem Ende ſeinen Enkeln und Pupillen zugeordneten Specialcurator mit einer Klage auf Rückzahlung der gedachten Forderung, im Betrage von 1000 Thlr., auf.

Die Klage wurde mit Rückſicht auf particularrechtliche Beſtimmungen — Hildesheim'ſche Vormundſchaftsordnung vom 5 Jan. 1780 — für begründet erkannt, indem danach die Abtretung einer Forderung an den Vormund als gültig erſcheint, wenn die Obrigkeit dazu die, in concreto als vorhanden angenommene, Erlaubniß ertheilt. Dagegen wurde, namentlich in der höchſtrichterlichen Entſcheidung, ausdrücklich ausgeſprochen, daß der Kläger nach gemeinem Rechte abzuweiſen geweſen wäre.

„Dieſe Zurückweiſung," heißt es in der fraglichen Entſcheidung, „hätte nämlich nach der Nov. 72 cap. 5 ſelbſt dann erfolgen müſſen, wenn auch die betreffende Forderung als erloſchen nicht anzuſehen ſeyn möchte, da jedenfalls nach dem proœmium des cap. 5 l. c. die Ceſſion ungültig, mithin der Kläger zur Anſtellung der erhobenen Klage nicht legitimirt ſeyn würde. Denn zunächſt unterliegt es nicht dem geringſten Zweifel, daß die Nov. 72 nach der Praefatio derſelben ebenſowohl auf Tutoren, als auf Curatoren Anwendung findet. Ebenſowenig läßt ſich die Gültigkeit der Novelle — — in Betracht der jetzt

Digitized by Google

bestehenden obervormundschaftlichen Controle bezweifeln. Auch ist die Anwendbarkeit des Gesetzes durch die Existenz eines dolus auf Seiten des Cessionars keineswegs bedingt, weil die in der Novelle erwähnten Motive des Gesetzgebers nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß die Anwendbarkeit des Gesetzes im einzelnen Falle an die Voraussetzung des Vorhandenseyns jener Motive, namentlich einer Betrügerei des Vormundes, habe geknüpft werden sollen.

Noch weniger leidet die in der Nov. 94 zu Gunsten der Mutter in ganz anderer Beziehung statuirte Ausnahme hier eine analoge Anwendung, und würde auch die fragliche Erklärung im väterlichen Testamente die Anwendung der Nov. 72 cap. 5 nicht ausschließen, da der Vater der Pupillen durch seine Genehmigung die Cession nicht gültig machen konnte. Endlich würde (nach gemeinem Rechte) auch die Genehmigung der Obervormundschaft die gesetzlich ungültige Cession nicht zu einer gültigen umzuschaffen vermögen."

Erk. des OAG. zu Celle (dritter Senat) vom 4 Oct. 1854 in S. des Tabaksfabricanten Gropp wider den Klügel'schen Specialcurator, OG.-Anwalt Bartels. (Hdf.)

24.

Voraussetzung der Verbindlichkeit zur Verzinsung des Kaufgeldes.

Vgl. Bd. 2 Nr. 283.

Die Verbindlichkeit zur Verzinsung des Kaufgeldes hat in der Voraussetzung ihren Grund, daß die Zahlung des Kaufgeldes sofort bei der Uebergabe des Kaufobjectes zu leisten gewesen sey; sie fällt daher nicht hinweg, wenn entweder für das Kaufgeld ein bestimmter Zahlungstermin ausgemacht worden, oder der Käufer zur Innehaltung des Kaufgeldes aus sonstigen Gründen (z. B. wegen ungelöschter, das Kaufobject noch belastender Hypotheken) berechtigt ist.

Erk. des OAG. zu Dresden vom April 1853 (Domsche w. Klahre). Zschft. f. Rpfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 466 f.

Digitized by Google

25.

Schadenserſatz wegen Hintertreibung eines Gutsverkaufs.

Die P'ſchen Erben verkauften im Jahr 1846 den im Nachlaſſe ihres Erblaſſers befindlichen Garten an B. um 3000 fl. unter Vorbehalt eines Aufſtreichs. Noch ehe dieſer ſtattfand, trat die Gräfin N. mit einer Einſprache gegen den Aufſtreich, und einer Eigenthumsklage gegen die Verkäufer auf, was den Käufer zum Rücktritt bewog. Nachdem im April 1848 dieſe Klage rechtskräftig abgewieſen war, konnte wegen der damaligen politiſchen Ereigniſſe der Garten nicht verkauft werden, und erſt 1850 fand ſich ein neuer Käufer, welchem er in öffentlicher Verſteigerung um die Summe von 1915 fl. zugeſchlagen wurde. Die P'ſchen Erben forderten nun von der Gräfin N. Erſatz des Mindererlöſes von 1085 fl., und erwirkten auch ein die Beklagte verurtheilendes Erkenntniß, welches im weſentlichen darauf gegründet wurde, daß die Beklagte lediglich durch ihre Einſprache den vortheilhafteren früheren Verkauf verhindert, und durch dieſe bis zu Beſeitigung ihrer Einſprache fortdauernde Verhinderung den Klägern den fraglichen Schaden verurſacht habe, indem der erſte Käufer an ſein Angebot nicht länger, als bis zu dem feſtgeſetzten Tage des Aufſtreichs gebunden geweſen ſey; daß aber nach dem Ergebniſſe des Eigenthumsproceſſes die Einſprache der Beklagten als eine rechtswidrige Handlung ſich darſtelle, weil ſie ihr angebliches Eigenthum nicht einmal mit einem Scheine von Recht zu begründen vermocht habe, und es bei der ihr zur Laſt fallenden Verſchuldung in Erhebung eines muthwilligen Proceſſes nicht darauf ankomme, ob ſie das ſpätere Sinken der Güterpreiſe mit mehr oder weniger Wahrſcheinlichkeit hätte vorausſehen können; weil endlich der in einem ſolchen Falle nach fr. 33 de dolo malo (4, 3) begründete Erſatzanſpruch nicht durch eine wirklich doloſe Handlung des Gegners bedingt ſey.

Entſcheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 11 Juli 1854. (v. H.)

Digitized by Google

26.

Befugniſſe des Generalmandatars.

In den Motiven eines oberſtrichterlichen Erkenntniſſes heißt es: Der auf das Eigenthum der Klägerin an den fraglichen drei Obligationen geſtützten, auf Auslieferung derſelben gerichteten, an ſich begründeten Klage hat der Beklagte die Einrede des dolus entgegengeſetzt, behauptend, daß der von der Klägerin durch Vollmacht vom 3 Nov. 1848 zu ihrem Generalmandatar beſtellte Advocat P. in dieſer ſeiner Eigenſchaft bei dem Beklagten mehrere Capitalien angeliehen und demſelben zu ſeiner Sicherheit die fraglichen drei Obligationen als Fauſtpfand eingehändigt habe.

In der Vollmacht hat die Klägerin den Advocaten P. zu ihrem Bevollmächtigten ernannt, „um hinſichtlich der Belegung und Verwaltung ihrer Capitalien im weiteſten Umfange für ſie zu fungiren.“ Nach der Vollmacht ſind lediglich die Kündigung und Eincaſſirung von Capitalien, die Belegung etwa vorhandener baarer Gelder, der Ankauf von Staatspapieren ſowie die Vornahme aller zur Ausführung des Mandats erforderlichen außergerichtlichen und gerichtlichen Handlungen als zu den Befugniſſen des Mandatars gehörig zu betrachten, wohingegen derſelbe zu andern Geſchäften, als auf welche die Vollmacht lautet, namentlich zum Negociiren von Anleihen für die Klägerin, nicht befugt iſt.

Der Mandant wird durch die Verträge ſeines Bevollmächtigten, Dritten gegenüber, nur inſoweit verpflichtet, als der Bevollmächtigte innerhalb der Gränzen der ihm ertheilten Vollmacht handelt. Der Advocat P. hat aber, wenn er, wie Beklagter behauptet, für die Klägerin bei dem Beklagten Geld angeliehen, ſeine Vollmacht überſchritten, daher in der von der Klägerin an den Advocaten P. ausgeſtellten Vollmacht für ſie ein rechtlicher Verpflichtungsgrund zur Bezahlung des von dem Advocaten P. angeblich angeliehenen Geldes nicht enthalten iſt. Auch hat Beklagter nicht etwa behauptet, daß Klägerin das für ſie angeblich angeliehene Geld von P. erhalten habe, weßhalb die rückſichtlich der negotiorum gestio geltenden Grundſätze hier keine Anwendung finden können.

Da also die von dem Advocaten P. angeblich bei dem Beklagten für die Klägerin gemachten Anleihen für letztere keine Rechtsverbindlichkeit begründen, so kann auch die von P. zur Sicherheit für diese Anleihen angeblich geschehene Verpfändung von Obligationen der Klägerin nicht zu Recht bestehen, und mithin stellt sich die Einrede des dolus als unbegründet dar.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 16 Dec. 1854. (P.)

27.

Einkaufscommission. Allgemeiner Einwand, die Waare habe der Ordre nicht entsprochen.

Ein Einkaufscommittent hatte die Annahme der Waare wegen verspäteter Empfangsanzeige abgelehnt, worauf deren Weiterverkauf von Seite des Commissionärs erfolgt war. In dem über diese Verwickelung entstandenen Rechtsstreit wurde von dem Committenten (Kläger) auch die gehörige Qualität der Waare in Abrede gestellt. Hierüber äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Wenn der Kläger noch jetzt in ganz allgemeinen und vagen Ausdrücken die gehörige Qualität der Waare in Abrede stellen will, ohne auch nur speciell anzugeben, in welcher Beziehung dieselbe der Ordre nicht entsprochen habe, so ist das Obergericht mit Recht auf diese Rüge nicht eingegangen. Wenn der Kläger dem Beklagten kein Vertrauen schenken wollte, daß derselbe nur ordregemäße Waare angeschafft oder ihm (vom eigenen Lager) überlassen habe, so mußte er sich sofort eine Probe schicken lassen, was bei der geringen Entfernung seines Wohnorts von Bremen mit leichter Mühe geschehen konnte. Nachdem er dieß nicht gethan, die Annahme der Waare aus einem ganz anderen Grunde, nämlich wegen verspäteter Empfangsanzeige, abgelehnt, und den Beklagten durch seine Erklärung, daß er ihm die Waare zur unbeschränkten Disposition überlasse, veranlaßt hat sie anderweitig zu verkaufen, verstößt es gegen die bona fides noch hinterher eine Justification der Qualität derselben zu begehren. Nicht einmal

Digitized by Google

ein Beweis konnte dem Kläger darüber nachgelassen werden, sondern es mußte der Einwand um so mehr als eine reine Chikane ganz unberücksichtigt bleiben, da der Kläger denselben gemacht hat, ohne die Waare je gesehen, noch von deren Beschaffenheit irgend eine nähere Kunde erhalten zu haben. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 27 Sept. 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 562.

28.

Haftung eines Geschäftsführenden für vernachlässigten Gewinn. Substanziirung des Anspruchs.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Der geschäftsführende Socius muß nicht bloß vergüten, was er wirklich mehr eingenommen als verrechnet hat, sondern er haftet auch für vernachlässigten Gewinn, also z. B. für Zinsen, welche er sich von dem Abnehmer seiner Wechsel hätte bedingen sollen, aber zu bedingen versäumt hat. Allein um hierüber ein Beweisverfahren zu eröffnen, bedarf es ganz bestimmter und positiver Behauptung einer dem Verrechner zur Last fallenden culpa . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 27 Sept. 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 555.

29.

Kann jemand für Vortheile, welche er dem andern factisch zukommen ließ, ohne dazu rechtlich verbunden zu seyn, und ohne ein Versprechen der Vergütung für sich zu haben, Vergütung fordern?

Vgl. Bd. 1 Nr. 57; Bd. 2 Nr. 43; Bd. 6 Nr. 36; Bd. 8 Nr. 130.

Hierüber äußern die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung:

Es fehlt bei diesem Fundamente der Klage jeder Grund zu

Digitized by Google

einer rechtlichen Verbindlichkeit, mithin die causa debendi. Denn daß das bloße Thun und Geben, wenn gleich eigenthümlicher Sachen und ohne rechtliche Nothwendigkeit, auch mit der, jedoch nicht geäußerten Absicht einer dagegen zu erwartenden Vergütung schon für sich allein, ebenso wenig als das bloße Annehmen ohne weitere Aeußerung, eine Verbindlichkeit zu einer Vergütung und Gegenleistung nicht hervorbringe, folgt schon ganz offenbar daraus, daß man niemanden ohne seinen Willen sich verbindlich machen kann, vielmehr die Einwilligung dessen, der zu etwas verbunden werden soll, sie sey stillschweigend oder ausdrücklich, wesentlich nothwendig ist; und daß in dem alleinigen Hinnehmen eine stillschweigende Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit nicht liegen kann, so lange der Gebende seine Absicht nicht kundgegeben hat, weil auch die stillschweigende Einwilligung voraussetzt, daß man die Absicht des andern, in die man einwilligen soll, kenne.

Wird nun gleich eine Schenkung und Liberalität nicht präsumirt, so fehlt doch noch immer sehr viel, um aus dem ohne irgend eine Aeußerung geschehenen bloßen Geben oder Thun sogleich mittelst der einfachen Thatsache des Annehmens einen oneröſen Vertrag zu supponiren, zumal es hier nicht darauf ankömmt, das factum einer Schenkung festzustellen, sondern für etwas gegebenes und geleistetes eine Gegenleistung zu erigiren, welches ohne die Grundlage einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit, mithin ohne eine von beiden Seiten vorhandene und zu erkennen gegebene Absicht rechtlich nicht stattfinden kann.

Die Kläger wollen dabei einen Innominat-Contract, do ut des und facio ut des, untergelegt haben und leiten das Entstehen der Verbindlichkeit davon ab, daß Contracte dieser Art schon durch die Leistung von der einen Seite ihre Perfection erhielten und eine Klage daraus zuständig werde, welcher Ansicht die sententia a qua gefolgt ist, indem sie überdieß schon in der alleinigen, ohne Rechtsverbindlichkeit und mit der Absicht zu verpflichten geschehenen Leistung den Grund einer unmittelbaren Verbindlichkeit, im Gegensatze der aus dem Versprechen entspringenden mittelbaren, gefunden hat.

Digitized by Google

Um jedoch durch eine Leistung einen Innominat-Contract zu begründen, ist das Voraufgehen irgend einer Verabredung durchaus nothwendig, die nach römischem Rechte als pactum nudum keinen Effect hatte, die dann aber durch die Erfüllung der Zusage von der einen Seite factisch sich in einen Contract verwandelte, so daß der formelle Contract erst durch die Leistung sein Entstehen und rechtliche Verbindlichkeit und Klagbarkeit erhielt; wobei jedoch das Erfüllen eines Vertrages eine deßhalb vorhergegangene Uebereinkunft schon natürlich voraussetzt und ohne solche nicht gedenkbar, die bloße Thatsache der Leistung allein mithin, in Rücksicht auf eine Verbindlichkeit dessen, dem zu Gunsten solche geschehen, ohne rechtliche Folgen ist.

Noch viel weniger läßt sich allein schon aus bloßen Leistungen eine unmittelbare Verbindlichkeit annehmen, die nur ex lege entspringen könnte, weil jede andere Grundlage derselben sie zu einer auf ein factum obligatorium sich stützenden mittelbar machen würde, wozu es aber an Gesetzen gänzlich ermangelt.

Es haben daher die auf diesen ersten Klagegrund sich beziehenden Beweise wieder zurückgenommen werden müssen, weil dieser Klaggrund völlig unzulässig ist.

Erk. des vormaligen OAG. zu Wolfenbüttel v. 10 Febr. 1835. G. E. L. Schaarschmidts Erben wider J. C. E. Schaarschmidts Erben. (R.)

30.

Ersatzanspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft.

Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung eines vorgekommenen Falles entnehmen wir was folgt:

Ein Gesellschafter, welcher zum Besten der Gesellschaft Verwendungen gemacht, namentlich eine Schuldverbindlichkeit für die Gesellschaft übernommen und bezahlt hat, kann von den übrigen Gesellschaftern deren antheilsmäßigen Ersatz nebst Zinsen verlangen, und zwar in der Weise, daß, wenn einer derselben

Digitized by Google

zahlungsunfähig ist, die übrigen auch für das, was von diesem nicht zu erlangen ist, nach Verhältniß ihrer Gesellschaftsantheile wieder einzustehen haben.

Fr. 67 pr. vergl. mit fr. 63 §. 5 pro socio (17, 2).

Diese durch das Gesellschaftsverhältniß begründete gegenseitige Verbindlichkeit der Gesellschafter wird durch die Endigung oder Auflösung der Gesellschaft für sich allein nicht aufgehoben; vielmehr dauert sie der Natur der Sache nach auch nachher in so lang fort, bis ihr von allen Seiten Genüge geleistet worden, also bis eine vollständige gegenseitige Ausgleichung der von jedem Gesellschafter für die Gesellschaft gemachten Verwendungen, Auslagen und geleisteten Zahlungen unter den zahlungsfähigen Gesellschaftern stattgefunden hat. Hiebei kann es einen Unterschied nicht begründen, wenn auch die Veranlassung zu dem Rückgriff auf die übrigen Gesellschafter erst nach Auflösung der Gesellschaft eingetreten ist, sofern nur der den Gegenstand der angesprochenen Ersatzleistung bildende Vermögensantheil in einem früheren gesellschaftlichen Vorgange seinen Grund und Ursprung hat, wie denn auch gerade wegen solcher möglicher zukünftiger Verluste die Gesetze den Gesellschaftern das Recht einräumen, bei Trennung der Gesellschaft Sicherheitsbestellung zu verlangen.

Fr. 27, 28, 38 pr. pro socio (17, 2).

Der von dem Richter erster Instanz aufgestellte Satz, daß dasjenige, was bei Theilung eines gemeinschaftlichen Vermögens einem Theilhaber zugewiesen werde, rechtlich ebenso anzusehen sey, als ob er es unter dem Rechtstitel des Kaufs von seinen Mittheilhabern erworben hätte, paßt ebenso wenig, als die von ihm zu Begründung dieses Satzes angeführte Gesetzesstelle C. 1 comm. utriusque (3, 38) auf den vorliegenden Fall. Denn bei der Abrechnung und Verweisung zwischen den Gesellschaftern vom 8 Oct. 1847 handelte es sich überhaupt nicht von der Theilung gemeinschaftlichen Vermögens, sondern um die Vertheilung des Verlustes und um die Ausgleichung der von dem Kläger für die Gesellschaft übernommenen Verbindlichkeiten, und die erwähnte Gesetzesstelle redet zudem nur von dem Fall der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke, welche in ihren Wirkungen

Digitized by Google

dem Kaufe gleichgestellt wird, nicht aber von dem hievon ganz verschiedenen Fall der Vertheilung oder Verweisung gemeinschaftlicher Forderungen.

Aus einer Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 24 März 1855. (v. H.)

31.

Anfechtung der Einwilligung in eine Schuldüberweisung, unter dem Vorwande, nicht als Gläubiger eingewilligt zu haben.

Bei der Guts- und Vermögensübergabe der Wittwe E. an ihren Sohn Matth. E. wurde festgesetzt, daß ihre Kinder für einen Verlust, welcher der Uebergeberin als Mitglied einer Holzhandelsgesellschaft drohte, zu gleichen Theilen einzustehen haben. Diesem Rechtsgeschäfte wohnte auch der Schwiegersohn der Wittwe E., O., welcher als Mitglied jener Gesellschaft Ersatzansprüche an seine Schwiegermutter zu machen hatte, an, indem er die Vertragsurkunde nach ihrem ganzen Inhalte unterschriftlich anerkannte.

Als er nun gleichwohl den Matth. E. als Erben der Wittwe E. auf Ersatz des Gesellschaftsverlustes belangte, und Beklagter sich auf die Schuldüberweisung an seine Geschwister berief, wandte der Kläger ein, daß er dem Vertrag nur in seiner Eigenschaft als Ehemann der Tochter E. und nicht als Gläubiger zugestimmt habe.

Diese Einwendung wurde jedoch als ungegründet verworfen; denn wenn Kläger zunächst auch nur als Beistand seiner Ehefrau an dem Vertragsabschlusse sich betheiligte, so hätte er doch unmöglich das, die Aufhebung des ihm als Gesellschafter gegenüber bestehenden Schuldverhältnisses der Wittwe E. und dessen Uebertragung auf seine Ehefrau und deren Geschwister bezweckende Geschäft nach allen Theilen anerkennen und ohne Vorbehalt unterzeichnen können, wenn er nicht zu jener Schuldüberweisung seine Zustimmung hätte ertheilen wollen. Hat er aber einmal unbedingt zugestimmt, so muß er diese Zustimmung auch in seiner

Digitized by Google

Eigenschaft als Gesellschafter und Gläubiger gegen sich gelten lassen; indem es eine durch nichts gerechtfertigte Anomalie seyn würde, eine Trennung der Person des O. nach seinen Eigenschaften als Ehemann der E'schen Tochter und als Handelsgesellschafter in der Weise zuzulassen, daß er in ersterer Eigenschaft ein Rechtsgeschäft abschließen und anerkennen und den Folgen dieses Anerkenntnisses in seiner andern Eigenschaft sich wieder entziehen dürfte.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart v. 24 März 1855. (v. H.)

32.

***Lex commissoria.* Conventionalstrafe. Verwirkung. Vorgängige Mahnung. Einwand des Dolus. *Purgatio morae.* Billige Zahlungsfrist.**

Vgl. Bd. 2 Nr. 278; Bd. 3 Nr. 37.

Durch Vertrag vom 30 Juli 1836 zwischen Friedrich Rodevelds Beneficial-Erben und dem Erbschaftsgläubiger Martens war der Betrag der Forderung auf 10,000 Rthlr. festgesetzt, von dem Gläubiger unter Aufrechthaltung seiner handvestarischen Rechte an einem Grundstücke der Erben jeder persönlichen Klage wider dieselben und allen Ansprüchen auf Befriedigung aus dem übrigen Nachlasse entsagt, sodann im Art. 5 verabredet worden:

> Ferner verpflichtet sich Hr. Martens für sich und seine Erben, seine so festgestellte Forderung nicht zu kündigen, oder, was dasselbe ist, die mitcontrahirenden Beneficialerben durch Geltendmachung seiner Capitalforderung zu einer Veräußerung des fraglichen Grundstückes nicht zu zwingen, so lange ihm die auf 4 Proc. festgesetzten jährlichen Zinsen richtig bezahlt werden, wohingegen ihm solches ohne weitere Loskündigung frei steht, sobald ihm die jedesmaligen Zinsen nicht wenigstens 14 Tage nach festgestellten Terminen (1 April und 1 Octbr.) bezahlt werden.

Digitized by Google

Ueber den Eintritt der unter der eben erwähnten Voraussetzung vorbehaltenen Befugniß kam es zwischen den Erben des Gläubigers und den Schuldnern zu einem Rechtsstreite. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

Die Bedingung der Schlußworte des Art. 5 war ganz unstreitig eingetreten, als die am 1 Oct. 1839 fällig gewordenen Zinsen, zum Belaufe von 200 Rthlr., über den 15 October hinaus unbezahlt blieben, gleichviel ob man jene Bedingung unter dem Gesichtspunkte einer lex commissoria, wofür sie in der That zu nehmen ist, oder einer Conventionalstrafe betrachten wollte. Ebenso wenig kann auch die rechtliche Gültigkeit jener Nebenabrede irgend bezweifelt werden, da das bekannte Verbot einer lex commissoria bei Pfandverträgen sich nur auf einen zum voraus verabredeten Anfall des Eigenthums an den Pfandgläubiger bezieht, nicht aber auf den sonstigen Wegfall specieller, dem Schuldner eingeräumter Begünstigungen, wie sie hier in Frage stehen. Der Umstand aber, daß es hiebei nach der Natur jener Rechtsverhältnisse nur auf den Eintritt der festgesetzten Bedingung ankommen konnte, erledigt auch

1) den Einwand, daß der Kläger zuvor noch zu einer Mahnung verpflichtet gewesen wäre — indem es einer solchen nach ausdrücklichen Zeugnissen des römischen Rechts weder bei der lex commissoria, noch auch selbst bei der Conventionalstrafe bedarf.

Fr. 4 §. 4 de lege commiss. (18, 3); Const. 12 de contrab. stipul. (8, 38).

2) Auch der Einwand, daß der Kläger dolo malo gehandelt, weil er, wohl wissend daß die Zinszahlung nur vergessen worden, und auf die leiseste Erinnerung augenblicklich erfolgen werde, dennoch absichtlich geschwiegen, kann zwar in facto .... nicht für ganz grundlos gehalten werden; allein da der Kläger sich doch jeder positiven Mitwirkung zu dem von ihm gewünschten Eintritt der Bedingung enthalten und nur den Ablauf der vierzehntägigen Frist ruhig abgewartet hat, so fällt ihm auch recht-

Digitized by Google

lich nichts zur Last, was den Eintritt der Bedingung wieder unwirksam machen könnte. . . . . .

3) Anlangend die Berufung der Beklagten auf die augenblicklich erfolgte Anbietung der Zahlung und die darin enthaltene purgatio morae, sobald sie nur durch die gerichtliche Ladung an ihre Säumniß erinnert worden seyen, so beweiset dieser Umstand zwar allerdings, daß der Kläger auch schon zum voraus wohl hätte erwarten müssen, bei der ersten Mahnung zu seinem Gelde zu gelangen; allein auf die rechtliche Beurtheilung des Klagfundamentes kann dieser Umstand dennoch keinen Einfluß haben, weil bei der lex commissoria wie bei Conventionalstrafen, wo der Grund der Verbindlichkeit nicht in einer mora, sondern in dem Eintritt der Bedingung enthalten ist, auch eine purgatio morae überall nicht stattfindet;

Fr. 6 §. 2 de lege commiss. (18, 3); fr. 23 de obligat. et act. (44, 7);

wie denn dieses auch schon den allgemeinen Grundsätzen von der purgatio morae entspricht, indem auch hier die nachträgliche Anbietung der Zahlung nur die ferneren Nachtheile des Verzuges abwenden, nicht aber ein bereits erworbenes Recht des Gegners wieder aufheben könnte.

Donellus, de mora cap. 9; *Lauterbach*, coll. theor. pract. lib. 18 tit. 3 §. 21; *Meier*, colleg. argentorat. lib. 18 tit. 3 §. 4; *Cocceji*, jus controv. ibid. qu. 6; *Voet*, comment. ad Pand. lib. 22 tit. 1 Nr. 31; Mabai, von der Mora S. 498.

Selbst die Rücksicht, daß doch für jede Zahlung auch eine billige kurze Zahlungsfrist gelassen werden müsse, würde in dem hier vorliegenden Falle nicht zu Gunsten der Beklagten geltend zu machen seyn, weil schon in dem Vertrage selbst aus eben diesem Gesichtspunkte den Schuldnern eine vierzehntägige Zahlungsfrist für die jedesmal fälligen Zinsen eingeräumt worden war.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26 Febr. 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 19 f. (Hei.)

33.

Interdictum uti possidetis **zur Regulirung der Parteirollen für den künftigen Streit über das Eigenthum.**

In einer Bremischen Rechtssache hatte die Klägerin nach der Klagschrift auf Grund ihres Besitzes an einem gewissen Graben das interdictum uti possidetis wegen der durch die Chaussee-Arbeiten theils schon wirklich erlittenen theils noch besorglichen Besitzstörung wider den Staatsanwalt angestellt, und zugleich angeführt daß sie sich auch das Eigenthum an dem Graben zuschreibe. Als vom Beklagten erwidert war, daß sowohl das Eigenthum als der Besitz des Grabens nicht der Klägerin, sondern dem Staate zustehe, erklärte die Klägerin in der Replik, daß sie nunmehr, da beide Theile sich Eigenthum und Besitz anmaßten, das interdictum uti possidetis nicht bloß wegen der gedachten Besitzstörung, sondern auch zu dem Zwecke anstelle, um die Parteirollen für den künftigen Streit über das Eigenthum zu reguliren, worauf der Beklagte in der Duplik seine angeführte Behauptung nochmals wiederholte. Hierauf erging Beweisinterlocut darüber, daß die vorgenommenen Chaussee-Arbeiten eine Störung des Besitzes des fraglichen Grabens enthalten. Nach Durchführung des Beweisfahrens entstand die Frage, was für den Fall, wenn die Beweisführung in Ansehung der Besitzstörung für mißlungen zu erachten wäre, über den Antrag, die Regulirung der Parteirollen für das künftige Petitorium betreffend, zu erkennen sey.

Die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung sagen hierüber:

Die Klägerin konnte allerdings schon wegen jener Erklärungen des Beklagten, auch wenn gar keine factische Besitzstörung stattgefunden hatte, das interdictum uti possidetis anstellen, und verlangen, daß ihr der vom Beklagten bestrittene Besitz zugesprochen, und sie darin geschützt werde;

§. 4 Inst. de interdict. (4, 15); fr. 35 de adquir. poss. (41, 2); fr. 1 §. 2, 3 uti possid. (43, 17),

wobei ihr dann nur der Beweis oblag, daß sie sich im Besitze befinde, und die formelle Zulässigkeit der Nachtragung dieses

Klaggrundes in der Replik kann kein Bedenken haben, [1]) um so weniger, da der Beklagte selbst erst in seiner Exceptionsschrift die Veranlassung dazu gegeben hatte. An diesem rechtlichen Verhältnisse ist nun auch dadurch nichts verändert worden, daß das Untergericht im Erkenntnisse vom 6 Sept. 1839 der Klägerin den Beweis des Besitzes und der Besitzstörung durch die fraglichen Arbeiten zusammen auferlegt hat. Denn da die Klägerin auf die von ihr behauptete factische Besitzstörung besondere Anträge — auf Schadenersatz, Wiederherstellung des früheren Zustandes und Bestellung einer cautio de non amplius turbando — gegründet hatte, welche durch die bloße wörtliche Anmaßung des Besitzes in den Schriftsätzen des Beklagten nicht begründet wurden, so war es allerdings erforderlich, der Klägerin, in Beziehung auf diese Anträge und insofern sie mit ihrer Klagbitte in deren ganzem Umfange durchdringen wollte, neben dem Beweise des Besitzes auch den Beweis einer factischen Besitzstörung aufzuerlegen; und in diesem Sinne muß das Beweisinterlocut verstanden werden, da Erkenntnisse im Zweifel ex jure auszulegen sind, auch das Untergericht in seinen damaligen Entscheidungsgründen auf die allgemeinen Grundsätze vom interdictum uti possidetis und speciell auf

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civ. R. B. 3 §. 303.

Bezug genommen hat, wo sich gerade der Satz, daß das interdictum uti possidetis auch zu dem Zwecke gebraucht werden könne, um auszumitteln wer der Besitzer sey, wenn beide Theile sich den Besitz anmaßen, recht bestimmt ausgesprochen findet. Hieraus folgt denn aber, daß, wenn demnächst der Beweis der Besitzstörung für gänzlich verfehlt erkannt wird, zwar die hierauf gegründeten besonderen Anträge abzuweisen sind, allein demungeachtet, auf den Antrag des Appellanten, über den Beweis des Besitzes und darüber zu erkennen ist, ob die Klägerin für die Besitzerin des Grabens zu erklären und der Beklagte zur Anstellung des petitorii zu verweisen sey.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 20 Jänner 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. 1 S. 10 f.

1) Bezugnahme auf Brem. Ger. Ordn. §. 143.

34.

Störungen des Beſitzes zur Begründung des *interdictum uti possidetis*. Caution wegen bevorſtehender Beſitzſtörungen. *Cautio damni infecti. Actio negatoria.*

In einer Beſitzſtörungsſache war dem Kläger zu beweiſen aufgelegt worden:

daß die von der Wegbau-Deputation an der Chauſſeedoſſirung vorgenommenen Arbeiten eine Störung des Beſitzes des fraglichen Grabens enthalten.

Nach durchgeführtem Beweisverfahren führte Kläger als (erwieſene) facta, worin die erlittene Beſitzſtörung beſtehe, unter anderen an:

Bei den vorgenommenen Arbeiten und durch dieſelben ſey in den Graben Erde gefallen;

durch die veränderte Einrichtung, welche die Chauſſeedoſſirung durch die fraglichen Arbeiten erhalten habe, ſey in einem höheren Grade als früher zu beſorgen, daß künftig Erde von derſelben in den Graben ſchießen und dieſen verſchütten oder doch verengen werde, welches Abſchießen von Erde eine bevorſtehende Beſitzſtörung ſey.

Hierüber äußern die Motive der oberſtrichterlichen Entſcheidung unter anderem:

Wäre auch damals Erde in den Graben gefallen, ſo würde dieß doch keine Beſitzſtörung ſeyn, wegen welcher das interdictum uti possidetis angeſtellt werden könnte, da die etwa herabgefallene Erde (nach den Zeugenausſagen) jedenfalls nur in einer ganz unbedeutenden Kleinigkeit beſtanden haben kann, und dieſes Herabfallen gegen den Willen der Behörde und der Aufſeher, welche vielmehr alle Vorkehrung zu deſſen Verhütung getroffen haben, geſchehen ſeyn würde.

Es kann nicht als eine zur Anſtellung eines interdictum uti possidetis geeignete Beſitzſtörung betrachtet werden, wenn von einer auf Grund und Boden des Eigenthümers befindlichen Anlage Beſtandtheile derſelben nicht unmittelbar durch menſchliche Handlungen, ſondern von ſelbſt und vermöge der Naturgeſetze,

Digitized by Google

wenn gleich in Folge einer fehlerhaften Beschaffenheit der Anlage, auf das Grundstück des Nachbars herabfallen. Denn der Begriff einer vis, welche durch dieses Interdict untersagt ist, setzt, auch in weiterem Sinne, immer unmittelbare menschliche Handlungen voraus, und läßt sich nicht auf das bloße Herabfallen von Erde nach Naturgesetzen erstrecken; und unter den vielen einzelnen Fällen einer Besitzstörung, welche in den Gesetzen bei dem interdictum uti possidetis vorkommen, findet sich nicht ein einziges hiemit vergleichbares Beispiel, indem auch das ganz neuerlich

Savigny, vom Besitz (6. Ausg.) S. 477, 478

hiefür in Bezug genommene fr. 8 §. 5 si serv. vind. (8, 5) ein solches keineswegs enthält; vielmehr werden alle derartigen Fälle nur bei der cautio damni infecti oder etwa als Gegenstand einer actio negatoria angeführt. Auch folgt aus dem

fr. 6 de damn. infect. (39, 2),

wonach in einem solchen Falle keine andere Klage auf Schadensersatz als eine Klage aus einer cautio damni infecti stattfindet, in demselben die Unzulässigkeit des interdictum uti possidetis, welches ebenfalls mit auf Schadensersatz gerichtet werden kann.....

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 20 Januar 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 7 f.

35.

Beschädigung der Ufer und Uferwerke durch Dampfschifffahrt.

Cautio de damno infecto.

Seit dem Jahre 1853 besteht zwischen Hamburg und Buxtehude eine regelmäßige Dampfschifffahrtsverbindung. Das dabei benutzte Dampfschiff befährt auf seinen der Regel nach täglichen Touren auch die Este, einen öffentlichen Fluß, welcher das Alte Land (einen Theil des hannoverschen Herzogthums Bremen und Verden) durchschneidet und in die Elbe mündet.

Durch die Dampfschifffahrt soll den an die Este gränzenden Grundstücken und Uferwerken, nach der Behauptung der Anlieger,

Digitized by Google

ein großer Schaden zugefügt werden und noch größere Gefahr für die Zukunft drohen.

Die betheiligten Grundbesitzer haben deßhalb versucht, die Einstellung der Dampfschifffahrt auf der Este bei den zuständigen Administrativbehörden im oberlandespolizeilichen Wege zu erwirken. Allein vergebens. Sie sind dann wider die Interessenten der Dampfschifffahrtsgesellschaft mit einer Klage aufgetreten, in welcher sie principaliter die Einstellung der Dampfschifffahrt und Schadenersatz, eventuell Entschädigung wegen der zugefügten Nachtheile und Bestellung einer Sicherheit für die Zukunft (cautio de damno infecto) gefordert haben. Auch mit diesen gerichtlich geltend gemachten Ansprüchen sind sie rechtskräftig zurückgewiesen.

Das die vorinstanzliche Entscheidung bestätigende Erkenntniß des höchsten Landesgerichts motivirt die Abweisung der Klage folgendergestalt:

Da die Este unbestrittenermaßen ein öffentlicher Fluß ist und mit Schiffen befahren werden darf, so bedienen sich die Beklagten, indem sie den Fluß mit einem Schiffe befahren lassen, nur eines ihnen zustehenden Rechts. Die Ausübung dieses Rechts leidet dadurch keine Beschränkung, daß das fragliche Schiff durch Dampfkraft getrieben wird, indem eine die Benutzung dieser Triebkraft ausschließende gesetzliche Vorschrift nicht existirt.

Wenn auch durch diese Art der Schifffahrtsausübung den Anliegern ein Nachtheil zugefügt werden sollte, so kann dennoch, weil dieselbe als eine erlaubte angesehen werden muß und ein specielles Verschulden nicht behauptet worden, das principaliter beantragte Verbot des Befahrens der Este mit Dampfschiffen nicht erlassen werden.

Ebenso stellt sich, weil, wie eben bemerkt, den Beklagten, bezw. dem von diesen beauftragten Schiffsführer ein specielles Verschulden nicht vorgeworfen ist, die erhobene Entschädigungsklage als unbegründet dar.

Endlich würde, selbst wenn ein Schadenersatzanspruch hätte begründet werden können, dennoch der auf Bestellung einer cautio de damno infecto eventuell erhobene Anspruch als unzulässig

Digitized by Google

erſcheinen, weil eine ſolche nur in Beziehung auf die Schaden drohende Beſchaffenheit eines Nachbargrundſtückes[1]) geſetzlich vorgeſchrieben, und eine Ausdehnung der Vorſchrift auf andere Verhältniſſe unzuläſſig iſt.

Erk. des OAG. zu Celle (2ten Senats) v. 28 Nov. 1854. (Hdſ.)

36.

Zuläſſigkeit des Defloratiοnsanſpruchs auch gegen die Erben des Schwängerers. Der fragliche Anſpruch wird durch eine nach dem Tode des Schwängerers erfolgte Verheirathung der *stuprata*, bezw. durch einen unzüchtigen Lebenswandel nach jenem Zeitpunkt nicht ausgeſchloſſen.

In einem Rechtsſtreite war durch rechtskräftige Entſcheidung ausgeſprochen, daß der einer außerehelich Geſchwängerten zuſtehende Defloratiοnsanſpruch rechtlich nur auf Entziehung (?) der Heirathsgelegenheit für die Geſchwächte beruhe, und die derſelben entſprechende Verbindlichkeit auch auf die Erben übergehe, ſomit alſo die erhobene Klage nicht als actio poenalis zu betrachten ſey.

In dem weiteren Verfahren machten die beklagten Erben des angeblichen Schwängerers, welche ſich ſchon früher darauf berufen hatten, daß die Klägerin mit anderen Männern in Unehren ſich abgegeben habe, geltend, daß dieſe jetzt, nach inſoweit rechtskräftig entſchiedener Sache, von neuem ſchwanger ſey, ſich auch mit ihrem anderweiten Schwängerer verheirathet habe.

Schon das Untergericht wies indeſſen die Beklagten aus dieſer (neuen) Einrede zurück, weil dieſelbe aus Thatſachen hergeleitet werde, die, erſt nach rechtskräftiger Entſcheidung der Sache entſtanden, die einmal begründeten Rechte der Klägerin nicht ändern könnten; weil überdem auch die jetzige Verheirathung der Zeit und den Umſtänden nach nicht genugſam zu würdigen ſey,

1) Vgl. z. B. fr. 1 §. 4 de ripa munienda (43, 15).

Digitized by Google

um daraus zu entnehmen, ob den vormaligen Aussichten der Klägerin, welche durch die außereheliche Schwängerung geschmälert worden, gegenwärtig genügt sey.

Als Endpunkt, worauf es bei der exceptio plurium concumbentium ankomme, wurde bei der dann folgenden Beweisnormirung die Erhebung des Rechtsstreites bezeichnet, während der Tod des angeblichen Schwängerers schon einige Zeit früher erfolgt war.

Das Mittelgericht ließ es, unter Verwerfung der betreffenden Beschwerde der Klägerin, bei dieser Beweisnormirung bewenden, weil sich Klägerin durch diese um so weniger für gravirt erachten könne, als schon nach allgemeinen Grundsätzen jeder verbotene Umgang mit Männern der Geschwängerten das Recht auf Satisfaction nehme, sobald derselbe nur in eine Zeit falle, wo, wenn der Schwängerer leben geblieben wäre, derselbe annoch die Wahl gehabt haben würde, jene zu heirathen oder zu entschädigen, hier aber allererst mit der rechtskräftigen Zuerkennung des Entschädigungsanspruchs der Verlust des Wahlrechts angenommen werden könne."

Dagegen sprach das höchste Landesgericht aus, daß als Zeitpunkt, bis zu welchem die Klägerin mit anderen Personen sich in Unehren nicht abgegeben haben dürfe, nur der des Ablebens des beklagtischen Erblassers in Betracht komme, welchem gemäß dann auch der fragliche Beweissatz eine Abänderung erleiden müsse.

„Allerdings" heißt es in den Entscheidungsgründen „obstirt jede Handlung der Klägerin, durch welche die Ausübung des dem Erblasser der Beklagten, in Beziehung auf die bezügliche Verpflichtung, zustehenden Wahlrechts verhindert wäre, einer von der Klägerin wider jenen erhobenen Klage. Dahin würde namentlich ein mit anderen Personen verübter Beischlaf oder eine eingegangene eheliche Verbindung gehört haben. Nachdem jedoch die Wahlbefugniß mit dem Ableben des Erblassers der Beklagten schon deßhalb erloschen ist, weil dasselbe als ein höchst persönliches Recht von den Erben nicht ausgeübt werden kann, außerdem auch nicht das (nach Angabe der Klägerin seitens des

weil. Erblassers erfolgte) Erbieten zur Ehe, sondern die wirkliche Eingehung der Ehe in jener Hinsicht erforderlich seyn würde — so kann es weder auf den, nach dem Ableben des beklagtischen Erblassers der Klägerin vorgeworfenen unerlaubten Umgang mit anderen Männern, noch die später erfolgte Verheirathung ankommen."

Erk. des OAG. zu Celle vom 6. October 1843 in S. der Gesche Jungclaus zu Cranz w. die Erben des weil. Jakob Stemmer, in peto satisfactionis. (Hdf.)

37.

Verlöbnißklage. Schwangerschaft der Klägerin. Beweislast darüber, ob vom Beklagten oder einem Andern.

Vgl. Bd. 6 Nr. 210 a. E.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Der Beklagte hat der Klage auf Erfüllung des (nach Ableistung des der Klägerin auferlegten Ergänzungseides für erwiesen anzunehmenden) Eheversprechens die neu entstandene Einrede opponirt, daß die Klägerin während des Processes schwanger geworden, mithin sich eines unsittlichen Lebenswandels und des Bruchs der Verlöbnißtreue schuldig gemacht habe. Die Klägerin hat zwar ihre Schwangerschaft eingestanden, aber der daraus hergenommenen Einrede in der Form einer Beschränkung ihres Geständnisses die Behauptung entgegengestellt, daß ihre Schwangerschaft vom Beklagten selber herrühre.

Der Klägerin mußte der Beweis dieser ihrer Behauptung auferlegt werden. Es fragt sich, ob es für einen genügenden Grund der vorgeschützten Einrede gelten kann, daß die Klägerin schwanger sey, oder aber, ob es aus dem Gesichtspunkte des ihr vorgeworfenen Treubruches mit zum Fundamente der Einrede gehöre, daß diese ihre Schwangerschaft von einem andern als dem Beklagten selber herrühre; und da läßt sich für das letztere geltend machen, daß wenn der Beklagte der Klägerin nur im allgemeinen

Digitized by Google

einen unsittlichen Lebenswandel vorgeworfen und darauf seine Einrede gegründet hätte, ohne sich darauf berufen zu können, daß sie schwanger sey, und die Klägerin darauf jeden geschlechtlichen Verkehr mit anderen, als dem Beklagten selbst, geläugnet hätte, es sich denn unzweifelhaft als nothwendiges, vom Beklagten zu erweisendes Fundament seiner Einrede herausstellen würde, daß die Klägerin mit anderen als mit ihm geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. Dagegen kommt für das erstere entscheidend in Betracht, daß in dem Schwangerwerden einer Unverehelichten, namentlich einer Verlobten, schon der Beweis einer Unsittlichkeit derselben liegt, jede grobe Unsittlichkeit aber wenigstens dann, wenn sie zur Oeffentlichkeit gelangt, an und für sich zur Aufhebung von Sponsalien genügt, nur daß allerdings der Bräutigam, wenn dieser Zustand von ihm selbst herbeigeführt ist, daraus keine Rechte ableiten kann. Ist aber das, so stellt sich die Behauptung der Klägerin, ihre Schwangerschaft rühre vom Beklagten her, nicht als ein Läugnen des Grundes der Einrede, sondern als eine wahre Replik dar, welche, da jener erwiesen ist, allein noch, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen des Processes, mit Recht der Klägerin zum Beweise verstellt ist.....[1]) Indessen versteht es sich von selbst, daß es genügen muß, wenn die Klägerin nur nachweist, daß der Beklagte zu einem Zeitpunkte mit ihr concumbirt habe, daß die fragliche Schwangerschaft der gesetzlichen Regel nach von ihm habe herrühren können, und daß es dagegen in diesem Falle Sache des Beklagten seyn muß, im Gegenbeweise darzuthun, daß die Klägerin um jene Zeit auch mit andern Männern sich abgegeben habe.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 13 Febr. 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 449 f.

1) Ausführung darüber, daß §. 165 der Brem. Gerichtsordnung zu einer andern Beurtheilung der Beweislast nicht nöthige.

Digitized by Google

38.

Begründung der *actio ad exhibendum* in Bezug auf die Bezeichnung des zu Exhibirenden.

In einer 1839 erhobenen Klage der Domkirche zu Köln gegen den großherzoglich heſſiſchen Centralfiscus wurde angeführt: während der franzöſiſchen Revolution ſey eine ihr (der Klägerin) eigenthümlich zuſtehende Sammlung von Büchern und Manuſcripten nach dem Herzogthum Weſtphalen (das zum Kurfürſtenthum Köln gehörte, im Jahr 1803 an den Landgrafen von Heſſen-Darmſtadt abgetreten und im Jahr 1816 wieder an Preußen cedirt wurde) geflüchtet und von dort in den Jahren 1812 bis 1815 dem Muſeum und der Hofbibliothek zu Darmſtadt einverleibt worden; [1]) dieſe Beſitzthümer ſollten der Gegenſtand einer Vindicationsklage werden; um für dieſen Zweck hinreichend inſtruirt zu ſeyn, bedürfe es der Exhibition. Das Geſuch wurde dahin gerichtet: den Imploraten zu verurtheilen, alle die Manuſcripte und Bücher, welche im Jahr 1803 in dem Kloſter Wedinghauſen (bei Arnsberg, wohin dieſelben gebracht worden ſeyen) aufgefunden und in den Jahren 1812 bis 1815 in die Hofbibliothek abgeliefert worden ſeyen, zur Einſicht gerichtlich vorzulegen, um die zur Vindication derſelben erforderlichen Notizen ſammeln zu können. Der Anwalt des beklagten Fiscus ſchützte, die Einlaſſung verweigernd, namentlich die Einrede des dunkeln Klaglibells vor, indeſſen ohne Erfolg. Oberſtrichterliche Erwägungen: Der Beklagte hat eingewendet:

> Wenn man auch zugeben wolle, daß die Klägerin die Gegenſtände der beabſichtigten Eigenthumsklage nicht genau zu bezeichnen vermöchte, und nach fr. 3 §. 7 ad exhib. (10, 4) namentlich die ſämmtlichen in der Hofbibliothek aufgeſtellten Bücher zu exhibiren ſeyen, ſo habe doch die Klägerin ihre Klage hierauf nicht gerichtet, nur Vorlegung des nach Darmſtadt Gebrachten verlangt; dem Beklagten könne aber nicht zugemuthet werden, hiernach Nachforſchungen anzuſtellen, das Verlangte aufzuſuchen und vorzulegen.

---

1) Pertz: Das Leben des Miniſters Freiherrn vom Stein. Band 5, Berl. 1854, S. 416.

Digitized by Google

Diesem Einwand gegenüber ist in Betracht zu ziehen, daß die Klägerin ihr Gesuch angegebenermaßen beschränkt hat, weil einestheils die Vorzeigung der in Rede stehenden Manuscripte und Codices dem Zweck genügt, und sie anderntheils die Belästigungen des Bibliothek-Personals und sich selbst großen Aufwand von Zeit und Mühe ersparen wollte. Das so beschränkte Gesuch erscheint als ein Minus, so daß der Satz zur Anwendung kommt, daß derjenige das Minus ansprechen könne, der zum Majus berechtigt ist. Jene Gesetzesstelle steht nicht entgegen, weil aus ihr nur hervorgeht, daß der, welcher ein Recht auf Vorzeigung eines einzelnen Bestandtheils einer universitas rerum, z. B. einer Heerde, hat, die Exhibirung des Ganzen beantragen dürfe; hieraus kann nicht gefolgert werden, daß er seine Bitte nicht auf Exhibirung jener einzelnen Sachen, insofern er sie in einer dem Zweck der Klage genügenden Weise bezeichnen kann, richten dürfe. Eine solche Bezeichnung ist nun, in der vom Libell dargestellten Geschichte des Gelangens der Gegenstände, von denen es sich handelt, in die Hofbibliothek erkennbar. Denn wenn ausführlich erzählt wird, wie im Jahr 1803 in jenem Kloster eine Sammlung von Büchern und Manuscripten, 129 Bände begreifend, aufgefunden und in den Jahren 1812 bis 1815 an die großherzogliche Hofbibliothek abgeliefert worden seyen, so kann, da von eigenen Handlungen des Fiscus die Rede ist, kein Zweifel darüber obwalten, was die Klägerin vorgezeigt haben wolle. Daß die Absonderung und besondere Vorzeigung den Beamten der Bibliothek viele Mühe machen werde, daß sie darum Acten und Bücherverzeichnisse einzusehen und andere Nachforschungen anzustellen haben würden, darauf kommt nichts an; der klagende Theil hat dafür nur die erforderlichen Merkmale anzugeben. Sollte der Beklagte aus Gründen, welche mit der der Klägerin obliegenden und von ihr bewirkten Bezeichnung des zu Exhibirenden in keiner Beziehung stehen, z. B. wegen Verlustes von Acten oder Unterlassung der Aufzeichnung der Bücher und Manuscripte bei ihrer Aufnahme in die Sammlung der Bibliothek, außer Stand seyn, dem Antrag auf Exhibirung, wie er formulirt worden, zu entsprechen, daher es vorziehen, die ganze Bücher-

Digitized by Google

ſammlung vorzuzeigen, ſo kann dieß dem Recht der Klägerin keinen Eintrag thun; der Fiscus hat dann einen motivirten Antrag zu ſtellen und ſich der Verfügung des Gerichts zu gewärtigen.

Erk. des OAG. zu Darmſtadt vom 10 November 1841.

(Bopp.)

39.

Minderjährigkeit als Reſtitutionsgrund in Verlöbnißſachen; Läſion.

Minderjährigkeit iſt auch in Verlöbnißſachen ein Grund für die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, ſofern das Vorhandenſeyn einer Läſion dargethan wird. Eine ſolche kann in dem Umſtande allein, daß die Verlobte zur Zeit eine Abneigung gegen ihren Bräutigam hegt, und deßhalb befürchtet, es werde durch die Vollziehung der Ehe ihr Lebensglück beeinträchtigt werden, um ſo weniger gefunden werden, als dieſer Punkt der richterlichen Beurtheilung überall nicht unterworfen iſt. Ebenſo irrelevant iſt die Behauptung der Verlobten, ſie habe ſpäter eine weit vortheilhaftere Ehe eingehen können; denn für Beurtheilung der Frage, ob eine Läſion vorhanden ſey, kommt nur der Zeitpunkt des abgeſchloſſenen Verlöbniſſes in Betracht, während die ſpäter dargebotene Gelegenheit zu einer günſtigeren Heirath lediglich als ein Zufall ſich darſtellt.

Erk. des OAG. zu Celle i. S. Heinrich Röckner zu Natrup w. Luiſe Roſemann zu Hilter, wegen Ehelichung 1848 — in Sachen Maria Gillemann zu Oitzen wider C. Niebuhr zu Goltern, wegen Verlöbniß-Vollziehung 1850. (Erck.)

40.

Väterlicher Conſens zur Eingehung der Ehe; Verſprechen, eine beſtimmte Perſon nicht heirathen zu wollen.

In einem Proceſſe wegen Supplirung des väterlichen Conſenſes zu einer Eheverlobung wurde dem klagenden Sohne von dem belangten Vater opponirt, beide hätten eine Uebereinkunft

Digitized by Google

dahin getroffen, daß ersterer das Mädchen, in Betreff welches die Ertheilung des Heirathsconsenses nachgesucht wurde, nicht heirathen solle und wolle. Die Behauptung des klagenden Sohnes, daß diese Verabredung ungültig und unverbindlich sey, wurde in letzter Instanz als unerheblich verworfen und die Einrede dem Vater zum Beweise verstellt, „indem, wenn der Vater sich zu der fraglichen Consens-Ertheilung nicht geneigt erklärt, der Sohn aber sich dieser Abneigung dadurch gefügt habe, daß er das behauptete Versprechen geleistet, hierin eine Anerkennung des väterlichen Weigerungsgrundes zu finden sey, und eine solche Anerkennung nicht als ein Gegenstand betrachtet werden könne, welcher außer dem Gebiete des Privatrechts liege und der Privatwillkür des Sohnes entzogen gewesen sey."

Erk. des OAG. zu Celle vom 2 September 1850 in Sachen des Martin Cordes zu Bothel wider Heinrich Cordes daselbst, wegen Supplirung des väterlichen Consenses. (Erck.)

41.

Gefährdung der Gesundheit des Ehegatten durch das Betragen des andern Ehetheils als Ehescheidungsgrund.

Vgl. Bd. 4 Nr. 58.

Ein Ehemann klagte gegen seine Ehefrau auf Ehescheidung, und stützte seine Klage darauf, daß dieselbe auf eine ihr zur Schuld fallende Weise durch Herrschsucht, Zanksucht und Heftigkeit, durch vielfache Quälereien und Verdruß ihm das Leben verbittere und dadurch seine Gesundheit auf eine für sie bei einem ferneren ehelichen Zusammenleben gefährliche Weise geschwächt habe. Kläger wurde zum Beweise seiner Anführungen zugelassen. Oberstrichterliche Erwägungen: Die zum Beweise ausgesetzten Thatsachen gehören der Kategorie der sogenannten Sävitien an, unter denen man auch jedes Betragen der Ehegatten, welches das Zusammenleben unerträglich macht, versteht.

Glück, Erläuter. der Pandekten, Th. 26 §. 1270, S. 474.

Solche Mißverhältnisse, welche die Gesundheit des Ehegatten

gefährden, sind nach den Grundsätzen des protestantischen Eherechts ein Motiv zur Ehescheidung.

Wiese, Handbuch des Kirchenrechts, Th. 3 S. 418.

Zwar ist bestritten, ob wegen Sävitien sofort auf Trennung des Ehebandes geklagt und erkannt, oder ob vorerst nur zur factischen Trennung geschritten werden könne; allein nach der richtigen Meinung

Wiese a. a. O.

entscheidet der besondere Charakter des Falls, das Gewicht der Gründe, auf denen die Klage beruht; sind sie von der Art, daß ein dem Zweck der Ehe entsprechendes Zusammenleben nicht zu hoffen ist, so kann auch, ohne das Vorangehen der Trennung von Tisch und Bett, auf Auflösung des Ehebandes geklagt werden. Solche Gründe sind aber im vorliegenden Fall geltend gemacht worden. Daher Zulassung zum Beweise. Die Beklagte hat zwar das Vorbringen des Klägers als zu vag darzustellen gesucht, aber mit Unrecht. Denn wenn derselbe, einen bestimmten, von ihm dargestellten Vorfall abgerechnet, nicht in das Einzelne eingegangen ist, so hat er doch die Sävitien nach ihren wesentlichen Merkmalen bestimmt bezeichnet, und so genau genug präcisirt, um darauf ein Verfahren und das Erkenntniß zu stützen.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 26 August 1837.

(Bopp.)

42.

Zwangsmaßregeln wegen böslicher Verlassung.

Vergl. Bd. 3 Nr. 67; Bd. 6 Nr. 208.

Zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils auf Rückkehr zu dem Ehegatten können zwar mäßige Strafen eintreten, sie dürfen aber so wenig als bei einem Urtheil auf Eingehung der Ehe bis zur unbedingten Nöthigung gesteigert werden, um die Wiedervereinigung und Fortsetzung einer factisch getrennten Ehe zu erzielen.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 9 Oct. 1852. in S. der Wills, Ehefrau, gegen ihren Ehemann. (Lgsdff.)

Digitized by Google

43.

Nachtheile der zweiten Ehe; Aufnahme des Ehemanns auf das Meiergut als Meier keine Liberalitätshandlung von Seiten der Anerbin.

Die Vorschriften des römischen Rechts über die Nachtheile der zweiten Ehe finden in dem Falle keine Anwendung, wo eine Meierswittwe einen Meiersmann auf das Meiergut aufheirathen läßt, weil die Anerbin mit der Wahl eines als Meier zu präsentirenden Ehemanns zu Gunsten des letzteren keinen Act der Liberalität über ein ihr zustehendes Eigenthum vornimmt.

Erk. des OAG. zu Celle 1850 in Sachen der Wittwe Charlotte Blume, verehelichten Pieper zur Weißenfelder Mühle, wider die Blume'schen Minorennen wegen mehrerer Reihestellen zu Brevörde. (Erck.)

44.

Verträge zwischen Hausvater und Hauskind.

Vgl. Bd. 7 Nr. 195, 196; Bd. 8 Nr. 59.

Das OAG. zu Celle ist bei seinen Entscheidungen über die Wirksamkeit von Verträgen, welche zwischen Hausvater und Hauskind abgeschlossen, auch in neuerer Zeit keineswegs immer von denselben leitenden Principien ausgegangen. In mehreren, in

W. v. Pufendorf's Observationen. Observ. 1.

mitgetheilten Präjudicien des genannten höchsten Gerichts aus den Jahren 1830 — 1837 ist ohne Einschränkung der Grundsatz hingestellt,

daß ein filius familias dann eine besondere Remuneration für die von ihm seinem Vater geleisteten Dienste zu fordern befugt ist, wenn derselbe sich auf eine deßhalb mit seinem Vater getroffene Verabredung berufen kann.

Dieselbe Ansicht liegt dem Bd. 7 Nr. 196 dieses Archivs

Digitized by Google

mitgetheilten Erkenntnisse des OAG. zu Celle vom 30 Dec. 1853 in S. Bätke w. Bätke zu Grunde.

Dagegen geht eine, von dem ersten Senate des gedachten Gerichts, unterm 6 April 1853, in Sachen Nolte jun. wider Nolte sen., abgegebene Entscheidung von strengeren Grundsätzen aus, indem sie in Bezug auf die vom Kläger beanspruchte, auf eine ausdrückliche Verabredung mit seinem Vater gestützte Vergütung für geleistete Dienste die Ansicht ausspricht:

daß während der Dauer der väterlichen Gewalt zwischen dem Vater und dem Hauskinde ein obligatorisches Verhältniß mit civilrechtlicher Wirkung nicht statthaft sey,

und demgemäß dem in den Vorinstanzen dem Kläger behufs Begründung seines Klaganspruchs nachgelassenen Beweise einen dieser Ansicht entsprechenden Zusatz (über das Nichtbestehen der väterlichen Gewalt zur Zeit des Contractsabschlusses) hinzufügt.

In einer andern, vor dem zweiten Senat des genannten OAG. verhandelten Sache handelte es sich um die Gültigkeit eines über einen Bauerhof, zum Nachtheile des gesetzlichen Anerben, zwischen dessen Vater und einem jüngeren Sohne abgeschlossenen Kaufcontractes. Der auf Herausgabe des Hofes klagende Anerbe bestritt die Rechtsgültigkeit des fraglichen Kaufcontracts, namentlich auch auf Grund des zwischen dem Verkäufer und dem Käufer bestandenen Verhältnisses der väterlichen Gewalt. Das OAG. verwarf indessen diesen Einwand unter folgender Motivirung:

„Die römischrechtlichen Grundsätze über die aus der fingirten Personeneinheit hervorgehende Unzulässigkeit von Verträgen zwischen dem Vater und dem unter seiner väterlichen Gewalt befindlichen Sohne sind allerdings auf die meierrechtlichen Verhältnisse insofern nicht zur Anwendung zu bringen, als nach den besonderen Eigenthümlichkeiten der letzteren die Grundsätze des einheimischen und fremden Rechts mit einander in Widerspruch gerathen. Somit bleibt zwar die Anwendung des R. R. auf die aus dem Gesichtspunkte einer anticipirten Erbfolge zu betrachtenden Hofesübertragungen seitens des Hofwirthes auf den Hofesanerben ausgeschlossen.

Digitized by Google

Im vorliegenden Falle handelt es sich indessen um ein reines, in die Eigenthümlichkeiten des Meierrechts nicht eingreifendes Kaufgeschäft, bei dessen Beurtheilung die römischrechtlichen Grundsätze auszuschließen kein Grund vorliegt.

Allein es ermangelt an der Voraussetzung der wirklich bestandenen väterlichen Gewalt um deßwillen, weil aus der Erfüllung des in Rede stehenden Contractes die Einrichtung einer selbstständigen Wirthschaft von Seiten des Beklagten von selbst folgte, und deßhalb schon aus dem Contractsabschlusse mit Nothwendigkeit auf die Absicht des Vaters geschlossen werden muß, daß der Beklagte (der kaufende Sohn) aus der väterlichen Gewalt entlassen seyn solle. Solchergestalt ist mit dem Contractsabschluß zugleich das Verhältniß der väterlichen Gewalt aufgelöst." [1])

Erk. vom 23 Juni 1854 in Sachen des Hofesanerben Andr. Armbrecht zu Isenbüttel w. den Hofbesitzer W. Armbrecht das., wegen Herausgabe eines Hofes. (Hdf.)

45.

Von der gesetzlichen Curatel über das hinterlassene Vermögen eines Verschollenen, den nächsten Verwandten desselben zuständig.

Ein durch einen langjährigen Gerichtsgebrauch begründetes Herkommen läßt die nächsten Verwandten eines Verschollenen, nach altdeutschen Grundsätzen von der erfrüheten Erbfolge, zu der gesetzlichen Curatel über das hinterlassene Vermögen, und indem es hierin von dem römischen Rechte abweicht, welches die Bestellung des Curators in solchen Fällen dem Befinden des Richters überließ, beschränkt es sich darauf, zur Sicherstellung des Abwesenden dem solchergestalt die Verwaltung antretenden Verwandten eine Cautionsleistung aufzulegen.

Obwohl diese gesetzliche Curatel in ihren Erfordernissen und

---

1) Von gleichen Grundsätzen geht das Bd. 7 Nr. 195 mitgetheilte Erk. des OAG. zu Cassel aus.

Digitized by Google

Wirkungen von der wirklichen Beerbung des Abwesenden sich unterscheidet und keineswegs von dem Beweise dessen Todes abhängig ist, so setzt sie doch voraus, daß der Abwesende für verschollen erklärt sey, ein Ausspruch der eine gerichtliche Erwägung der Umstände, der Entfernung und Abwesenheit, eine Nachforschung nach dem etwaigen Aufenthaltsorte des Abwesenden und endlich die Erlassung von Edictalien, sowohl in Beziehung auf denselben, als auf einen zur Curatel näher Berechtigten, vorgängig erfordert.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel v. 28 April 1817. (Kracke w. Wilcke). (R.)

46.

Erbrecht der „Jungfernkinder," von deren Mutter geltend gemacht.

Vgl. Bd. 1 Nr. 87, 88; Bd. 6 Nr. 223; Bd. 7 Nr. 202; Bd. 8 Nr. 67.

Der in Nov. 18 cap. 5 und Nov. 89 cap. 12 den Concubinenkindern zugebilligte sechste Theil vom Nachlasse des ohne Ehefrau, eheliche Kinder und einen letzten Willen verstorbenen Erzeugers ward in Frankfurt durch die Praxis auf Grund der in der dortigen Reformation 5. 1. §. 13 vorkommenden Worte „oder Liebkindern" auch den Jungfernkindern zuerkannt. [1]) In einem vorgekommenen Fall war diese Jungfernkinds-Portion theilweise von der Mutter des Kindes in Anspruch genommen worden. Dieser Anspruch wurde für unstatthaft erachtet. „Zunächst deßhalb, weil in Frankfurt, dessen Reformation eines Erbrechts weder der außerehelich Geschwächten noch bleibender Zuhälterinnen gedenkt, nach Reichs- und Landesgesetzen [2]) außereheliche Schwächung wie Concubinat mit Strafen bedroht sind, und daher mit einem eventuellen Erbrecht nicht belohnt seyn werden,

1) Bezugnahme auf Orth, Anmerk. zur Frankf. Reform. Bd. 4 S. 490, 491; v. Adlerflycht, Priv.-R. der St. Frankfurt II. §. 271; Bender, Handb. des Frkf. Pr.-R. S. 486; Souchay, Anmerk. zur Frkf. Reform. Bd. 2 S. 880—897.

2) Bezugnahme auf Orth a. a. O.

Digitized by Google

eine Ansicht, welche auch in der dortigen Rechtsprechung angenommen worden ist.[3]) Jedenfalls aber aus dem Grunde, weil Klägerin nach ihrem Verhältnisse zu dem Erblasser sich anderweit verheirathet hat, und die Novellen ein Erbrecht nur einer Frau geben, welche mit dem Verstorbenen „dum vixit" zusammengelebt und nicht vorher „separatione vel morte" von ihm sich getrennt hat. Hiernach war anzunehmen, daß das Erbrecht für die unmündige Tochter zu dem vollen Sechstheil geltend gemacht sey.[1]

. . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 11 Nov. 1854 in der Frankfurter Sache der Ehefrau L. . . ., geb. F., wider die Geschwister F., Erbansprüche und Alimente betr. (Dr. St.) (Sammlung von Römer Bd. 1 S. 510.).

47.

Voraussetzung des Intestaterbrechts der Wittwe.

Durch die ausdrückliche Bestimmung der Nov. 53 cap. 6 und der Nov. 117 cap. 5 ist das Erbrecht der armen Wittwe von der Bedingung abhängig gemacht, daß sie kein Heirathsgut habe. Da nun im vorliegenden Falle von der Klägerin zugestanden wird, daß sie ihrem Ehemanne die Summe von 100 Rthlr. als Heirathsgut inferirt habe, so ist die gesetzliche Voraussetzung für das von ihr geltend gemachte Erbrecht nicht begründet.[1])

Aus den Entscheidungsgründen eines Erk. des OAG. zu Celle in Sachen Wittwe Hirsch zu Wustrow wider Hirsch'sche Minorennen daselbst, wegen Erbrechts, vom 22 Sept. 1854. (Erck.)

---

3) Bezugnahme auf Souchay a. a. O. S. 900.

1) Die Entscheidung verdient in so fern Beachtung, als nach Ansicht des OAG. jede, auch die geringste Dos, das Erbrecht der armen Wittwe unstatthaft erscheinen läßt. (Anm. des Einsenders.)

Digitized by Google

48.

Zusicherungen letztwilliger Zuwendung. Wiefern sind sie zur Behauptung eines Erbvertrags dienlich?

Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung eines vorgekommenen Falles entnehmen wir was folgt:

Wie überhaupt zu Eingehung eines Vertrages die ernstliche Absicht, sich vertragsmäßig verbindlich zu machen, unerläßliches Erforderniß ist, so insbesondere, wenn es sich von Eingehung eines mit keiner Gegenleistung verbundenen Erbvertrages, und etwa von Zuwendung bedeutender Summen handelt; indem es unter solchen Umständen gilt, die Eröffnung, vielleicht die Nahelegung von Hoffnungen nicht damit (d. h. mit Uebernahme contractmäßiger Verpflichtung) zu verwechseln. Wo nicht die auf Vertragschließung gerichtete Absicht aus Erklärungen und Handlungen mit hinlänglicher Bestimmtheit hervorgeht, bleiben die in Frage befindlichen Aeußerungen unverbindlich, mögen sie gleich zu ihrer Zeit ernstlich gemeint gewesen seyn, und sie können auch durch Acceptation zu einem Vertrage nicht erhoben werden. Mag immer der Beklagten Ehemann, der verstorbene Gastwirth M., die der Klage zum Grunde gelegte Erklärung, daß Kläger dereinst von seinem Vermögen 10,000 Rthlr. haben und erben sollten, in damals ernstlicher Willensmeinung ausgesprochen haben; daraus und aus den ferner als Veranlassung angeführten, ganz allgemeinen Verhältnissen wegen Verwandtschaft, bewiesener Liebe und Gefälligkeit u. dgl. geht doch keineswegs auch nur mit Wahrscheinlichkeit hervor, daß M. jene Erklärung in der Absicht und zu dem Zweck abgegeben habe, sich seinerseits den Klägern vertragsmäßig unwiderruflich zu verpflichten; ebenso wenig konnte durch Acceptation sothaner Erklärung von Seiten der Kläger eine von dem M. nicht gehegte Absicht verwirklicht und eingeschoben werden. . . . . .

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel vom 25 März 1837 (Herbel w. Mundorf.) (R.)

Digitized by Google

49.

Der Curator eines Verschollenen ist nicht befugt, eine diesem angefallene Erbschaft anzutreten; einen diesem ausgesetzten Erbtheil aber ist er einstweilen zu besitzen und zu verwalten befugt. Pflichttheils-Ergänzungsklage für den Verschollenen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 160; Bd. 3 Nr. 298; Bd. 5 Nr. 31; Bd. 7 Nr. 356.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Der Anfall einer Erbschaft setzt voraus, daß derjenige, dem die Erbschaft anfällt, den Erblasser überlebt habe.

Wenn gleich ein Verschollener, bis dessen Tod erwiesen worden, oder derselbe das 70ste Lebensjahr erreicht hat, rechtlicher Vermuthung nach für lebend zu halten ist, so gilt diese Vermuthung doch nur in Rücksicht auf die von ihm vor seiner Entfernung erworbenen und zurückgelassenen Güter, welche bis dahin unter öffentlicher Aufsicht für ihn aufzubewahren und zu verwalten sind, nicht aber auch rücksichtlich auf seine Person und auf seine persönlichen Verhältnisse, aus welchen Erwerbungen möglich sind. In Ansehung dieser tritt bis zu jenem Zeitpunkte weder für das Leben noch für den Tod eine rechtliche Vermuthung ein, sondern wer auf das eine oder das andere einen Anspruch gründet, muß den Beweis führen. Deßhalb kann auch der, welcher für einen Verschollenen eine Erbschaft antreten will, dazu vor dem Beweise des Lebens desselben nicht gelassen werden.

Auch ist die Willenserklärung desjenigen, dem die Erbschaft angefallen ist, zu der Antretung erforderlich; der nicht die Person des Abwesenden, sondern nur das von demselben zurückgelassene Vermögen vertretende Curator ist aber in dieser Eigenschaft auch zu solcher Willenserklärung nicht befugt.

Wäre in des Erblassers Testamente dem Verschollenen, statt daß ihm bloß dasjenige, was er empfangen, mit der Bestimmung damit sich zu begnügen, als sein Erbtheil angerechnet worden, ein aus dem Nachlasse noch zu verabfolgender Erbtheil ausgesetzt,

Digitized by Google

also wirkliches Vermögen für ihn, falls er noch lebte, vorhanden; so würden dem Curator der einstweilige Besitz und die Verwaltung dieses Vermögens, jedoch nicht dessen definitiver Erwerb, zu verstatten seyn; ein solcher Vermögensanfall ist jedoch nicht erfolgt. Sehr verschieden davon ist die von dem Appellanten erhobene Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, ein auf unsichere Voraussetzungen — wie nicht nur des Lebens und des Willens des Verschollenen, sondern auch der wirklichen Verkürzung im Pflichttheile — gegründeter Anspruch, dessen Verfolgung dem Verschollenen selbst gegen diejenigen, mit welchen er zu dem Nachlasse concurrirt, wie die Verfolgung etwaniger ähnlicher Ansprüche, eventuell zu überlassen ist.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel v. 10 Juli 1838 (Minderlein w. Bahns). (R.)

50.

Ueber das beschränkte Distributionsrecht des Beneficial-Erben bei der zweifelhaften Sufficienz der Nachlaßmasse und über das dann einzuschlagende Verfahren.

Der Schuldner, Kammerherr von K., war verstorben und von dessen Bruder die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten. Zu den Befugnissen und Obliegenheiten des Beneficialerben gehört auch die Befriedigung der Gläubiger aus dem Nachlasse. Die Insufficienz des letztern hiezu war nicht außer Zweifel. Bei dieser Sachlage kam es darauf an, die zweckmäßige Verwendung zur Befriedigung der Gläubiger zu sichern. In dieser Beziehung führte eine Streitverhandlung zwischen dem Beneficialerben und einem Gläubiger, rückständige Hypothekcapital-Zinsen betr., zu dem oberstrichterlichen Ausspruch:

Da es zur Berichtigung der bereits ausgeklagten Forderungen an bereiten Zahlungsmitteln fehlt, der Appellant (nämlich der Beneficialerbe) auch selbst einräumt, daß die Sufficienz der Masse zu Bezahlung aller Schulden sich noch nicht beweisen lasse, so ist bei der Lage der Sache, wie sie auch sonst aus den Acten sich

Digitized by Google

darstellt, das Distributionsrecht des Beneficialerben von demselben nur unter gerichtlicher Mitwirkung auszuüben, und zu dem Ende von dem Gerichte eben so wohl ferner das zur Erhaltung und Sicherstellung des Nachlasses Erforderliche durch einen auf des Appellanten Vorschlag zu bestellenden, verpflichteten Curator wahrzunehmen, als auch zur ordnungsmäßigen Befriedigung der Gläubiger nach ihrer zuvor festzustellenden Priorität das erbschaftliche Liquidationsverfahren, mit Bestellung eines, ebenfalls von dem Appellanten in Vorschlag zu bringenden, ihm beizugebenden, verpflichteten *Curatoris ad lites*, einzuleiten.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel v. 30 Mai 1837 (Knieſtedt w. Bierbaum). (R.)

51.

Verhältniß des *heres in re certa institutus* den Miterben gegenüber.

Der auf einen bestimmten Gegenstand eingesetzte Erbe (heres in re certa institutus) muß nach richtiger Auslegung der Const. 13 de heredibus instituendis, verglichen mit Nov. 115 Cap. 5 als wahrer Erbe, und keineswegs als Legatar betrachtet werden. Derselbe gilt als Erbe nicht nur in dem Falle, wenn die übrigen eingesetzten Erben hinwegfallen, sondern auch wenn die übrigen Erben angetreten haben, diesen gegenüber, und ist nur in dem Verhältnisse zu den Erbschaftsgläubigern und Erbschaftsschuldnern als Legatar zu behandeln. Der Umstand, daß der Erbe nur auf den Nießbrauch des Nachlasses instituirt ist, ändert in diesen Sätzen durchaus nichts.

Erk. des OAG. zu Celle vom 20 December 1853. Wittwe Maiknecht zu Osnabrück, Kl., wider Dr. med. Düwelius und Studiosus Düwelius daselbst, wegen Erbtheilung. (Erck.)

Digitized by Google

52.

Form der im voraus teſtamentariſch beſtätigten Codicille. ***Fideicommissum heredi praesenti injunctum.***

Nach der von den OAGerichten zu Jena, Darmſtadt und Celle (vergl. unſer Archiv Bd. 1 Nr. 102, 358; Bd. 2 Nr. 314) adoptirten Anſicht, daß die in C. 8 §. ult. de codic. (3, 36) vorgeſchriebenen Förmlichkeiten nicht minder bei den in einem Teſtamente beſtätigten Codicillen zu beobachten ſeyen, hat auch das (vormalige) OAG. zu Wolfenbüttel (31 Dec. 1831 t. S. Teichs w. Sudmayeriſche Teſtamentserecutoren) entſchieden. Aus den Motiven, welche im Ganzen mit der von uns mitgetheilten Begründung der Urtheile von Jena und Celle zuſammentreffen, heben wir noch hervor, daß gegen die Folgerungen aus dem Satze, beſtätigte Codicille ſeyen als Theil des Teſtamentes anzuſehen, auch auf fr. 2 §. 2. fr. 4. fr. 8 §. 4 de jure codic. (29, 7) und auf fr. 17 §. 4 de testam. mil. (29, 1) Bezug genommen, und daß bemerkt wurde, von der Vorſchrift der C. 8 §. 3 cit. welche dem jus publicum angehöre, könne ſich der Teſtirer nicht dispenſiren, daher Gewißheit ſeines Willens nicht genüge. Im gegebenen Fall war der Verſuch gemacht, das formloſe Codicill durch die Behauptung aufrecht zu erhalten: nach C. 32 de fideicomm. (6, 42) und §. 12 Inst. de fideic. hered. (2, 23) beruhe alles auf der Gewißheit des Willens des Erblaſſers, und eventuell ſey nur deſſen Beweis, hauptſächlich durch den Eid des Onerirten, erforderlich, daher es denn zur Errichtung eines Codicills nach §. 3 Inst. de codicill. (2, 25) keiner weiteren Förmlichkeit bedürfe. Hierüber ſagen die erwähnten Motive:

Einer Meinung, nach welcher die geſetzlichen Vorſchriften über die Form der Codicille, wie ſie ſelbſt im Juſtinianiſchen Rechte anerkannt werden, faſt gänzlich aufgehoben oder doch entbehrlich ſeyn würden, ſteht zunächſt die Erwägung entgegen, daß das neuere Juſtinianiſche Recht dem älteren nur zum Theile derogirt, und daher ſo zu erklären iſt, daß von letzterem ſo wenig als möglich abgewichen wird. Sodann iſt die gemeine Meinung,

Digitized by Google

welche jene Gesetze nur auf ein fideicommissum onerato *praesenti* injunctum bezieht, durch die Worte des §. 12 Inst. cit.:

necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore *audiverit*

sowie durch andere Aeußerungen unterstützt, welche die Sicherheit der Disposition nur auf fides onerati, ohne weiteren Beweis als dessen Eid gründen, und hierin die Anwesenheit des Beschwerten voraussetzen. [1]) Zudem ist in eben diesem Gesetze (§. 12 cit.) der Zahl von fünf Zeugen als der gesetzlichen bei Errichtung von Fideicommissen ausdrücklich Erwähnung geschehen, wie denn auch die Not. Ordn. der solennen Codicille ausdrücklich gedenkt. In §. 3 Inst. de codic. ist aber das Wort „ordinatio" nur von der Anordnung des Inhalts der Codicille zu verstehen, wie auch die Paraphrase des Theophilus bestätigt. (R.)

53.

Ueber die Verpflichtung des Gutsübernehmers zur Bezahlung der Schulden des Abtretenden.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor: Der Gutsübernehmer zahlt nur die zur Zeit der Uebernahme auf dem Gute haftenden und mit demselben übernommenen Schulden, kann aber ohne besondere Uebereinkunft nicht zur Berichtigung aller Schulden des Abtretenden ohne Unterschied angehalten werden, und tritt namentlich nicht in die Persönlichkeiten (?) desselben ein. Wenn die Gläubiger ihre Rechte durch den Gutsanschlag und die Vermögensabtretung für beeinträchtigt halten, ist es ihnen unbenommen, zu der in einem solchen Falle eingeräumten Rechtshülfe, der actio Pauliana, zu greifen.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 6 Oct. 1845 i. S. der Gemeinde Bobenhausen gegen die Kinder des H. Rahn. (Lgsdff.)

---

1) Vgl. unser Archiv Bd. 2 Nr. 315, Bd. 4 Nr. 66, Bd. 5 Nr. 38.

Digitized by Google

54.

Kirchen- und Schulbaulast bei vermehrtem Bedürfnisse.

Vgl. Bd. 5 Nr. 52.

Aus der Verpflichtung, die kirchlichen Institute in einer Gemeinde zu unterhalten und nöthigenfalls wieder herzustellen, folgt von selbst die Verbindlichkeit, dieselben auch bei vermehrter Population dem Bedürfnisse der Kirchen- und Schulgemeinde entsprechend einzurichten und zu erweitern, indem durch eine Vermehrung der Population das Subject der gedachten Gemeinde, welchem die erwähnten Institute prästirt werden müssen, an sich nicht verändert wird, vielmehr die innerhalb der Gränzen der Parochie oder des Schuldistricts hinzukommenden Personen von selbst Mitglieder der Gemeinde werden. Anders würde freilich die Entscheidung ausfallen müssen, falls der geographische Bezirk der Gemeinde im Laufe der Zeit vergrößert seyn sollte.

Erk. des OAG. zu Celle 1848 i. S. k. Domänenkammer wider Kirchengemeinde zu Harsefeld, wegen Unterhaltung der geistlichen Institute. (Erk.)

55.

Vorbehalt einer zu ertheilenden reinen Quittung, einem Contocorrent beigefügt.

Ein solcher Vorbehalt hat (sagen die Motive eines OAG.-E.) den Sinn, daß die in der Ausstellung eines mit einem Saldo zu Gunsten des Geschäftsfreundes abzuschließenden Contocorrents an sich liegende Anerkennung einer Schuld nebst Zahlungserbieten bedingt seyn solle durch das gegenseitige Aufgeben aller Monita gegen die Abrechnung, und aller in dieselbe nicht aufgenommenen Forderungen und Ansprüche. Von einem bedingten Zahlungserbieten kann aber unbedenklich zurückgetreten werden, sobald die Bedingung hinwegfällt, und das ist hier der Fall, wo der Kläger nicht gewilliget ist, die fragliche Abrechnung ohne weiteres für

Digitized by Google

richtig anzuerkennen, und die vorbehaltene reine Quittung zu ertheilen, woraus denn von selbst folgt, daß von einem liquiden Rechnungs-Saldo und von einer Verurtheilung des Beklagten in ein Liquidum nicht die Rede seyn kann.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 27 Sept. 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. 1 S. 556.

56.

Haftung des abliefernden Frachtfuhrmanns für die bei einem vorhergehenden Fuhrmann entstandene Beschädigung des Frachtguts.

Vgl. Bd. 6 Nr. 243.

Das Handlungshaus R. u. R. zu Mannheim übergab dem Fuhrmann Sch. 13 Ballen Kaffee mit directem Frachtbrief zur Beförderung an die beiden Handlungshäuser J. Wittwe und K. H. zu München. Die Versendung geschah auf Rechnung und Gefahr der Adressaten. Während Sch. mit seinem Frachtwagen in Ulm bei dem Gastwirth N. eingestellt hatte, wurde der auf dem Wagen befindliche Kaffee dadurch beschädigt, daß eine auf demselben Wagen befindliche Flasche Hirschhorn-Oel zerbrochen wurde und ihr Inhalt über die Kaffeeballen sich ergoß. Sch. übergab hierauf die beschädigte Waare dem Gastwirth N., welcher selbst Fracht- und Speditionsgeschäfte betreibt, mit dem Auftrage, die Waare nach vorgenommener Reinigung und frischer Verpackung nach München zu befördern, welchen Auftrag N. auch vollzogen hat. Die Adressaten nahmen die Waare nicht an und wurden von den Absendern durch Lieferung andern Kaffees zufriedengestellt, wogegen sie ihre Klagrechte gegen die Frachtbesorger den Absendern abtraten.

R. u. R., als Cessionare der Adressaten, nahmen nun den Gastwirth und Frachtfahrer N. von Ulm auf Ersatz des Schadens aus doppeltem Grunde in Anspruch:

1) weil der Beklagte, als der abliefernde Fuhrmann, aus dem Frachtvertrage den Adressaten auch für denjenigen Schaden,

Digitized by Google

der die Waare schon bei dem vorhergehenden Fuhrmann getroffen, zu haften habe;

2) weil der Schaden durch eigene Verschuldung des Beklagten oder seiner Leute herbeigeführt worden sey.

Die Richter der ersten und zweiten Instanz wiesen die Kläger ab. Von dem obersten Gerichtshofe wurde jedoch der Beklagte zum Schadensersatze verurtheilt.

Aus den Motiven ist folgendes auszuheben:

Was den ersten Klagegrund (die Klage aus dem Frachtvertrag) betrifft, so ist die Uebereinkunft, kraft welcher der Beklagte mit der Waare sich befaßte, zwischen ihm und Sch. getroffen worden. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde daher weder den Adressaten noch den Absendern die Vertragsklage gegen den Beklagten zustehen, vielmehr wäre es Sch., welcher von den Absendern aus dem mit diesen geschlossenen Frachtvertrage zu belangen gewesen wäre. [1]) Indessen ist es ein anerkannter Grundsatz des Handelsrechts, daß dem Empfänger, wenn die Versendung auf seine Rechnung und Gefahr geschieht, ein unmittelbares Klagerecht gegen den Fuhrmann zusteht, und daß er zunächst an den die Waare abliefernden Fuhrmann sich zu halten befugt ist. [2])

Eine andere Frage ist: welchen Umfang die Verbindlichkeit des abliefernden Fuhrmanns habe. [3]) Nach der Behauptung der Kläger soll, wenn ein Frachtgut mit directem Frachtbrief durch

---

1) Maurenbrecher, deutsches Privat-R. II. §. 634. Feust in den Blättern f. R. A. VII. S. 387. Gett, prakt. Erört. S. 120.

2) Entwurf eines Handelsgesetzb. f. Württemberg art. 124. Motive S. 126. 266; Entw. f. Deutschland tit. V. art. 44. Münter, Frachtfahrer-Recht I. S. 96, 118, 123, 126, 176. II. S. 117. Bender, Handels-R. S. 239 Nr. 9 Bülow und Hagemann, Erört. IV. S. 444. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des Civil-R. III. S. 317.

3) Vgl. Bülow und Hagemann a. a. O. Holzschuher, a. a. O. Entwurf eines Handelsgesetzb. für Deutschland tit. V. art. 44. Vgl. art. 42, 47. Entwurf für Württemberg art. 124 u. Motive S. 125. Der Code de commerce enthält keine ausdrückliche Bestimmung hierüber. Vgl. art. 100, 101, 103 und Code civil art. 1782. Gett a. a. O. bemerkt unter Beziehung auf diese Art. und auf Hutteau du contrat du louage des voituriers: nach französischem Recht sey jeder Frachtführer gehalten, nach

Digitized by Google

die Hände mehrerer Fuhrleute geht, nach Handelsgebrauch der abliefernde Fuhrmann dem Adressaten auch für die erweislich bei einem vorhergehenden Fuhrmann entstandene Beschädigung des Guts zu haften haben, und zwar sogar dann, wenn er vor Uebernahme des Guts den Schaden constatiren ließ, und gegen die Verbindlichkeit, dafür zu haften, sich verwahrte.

Die württembergischen Privathandelskammern zu Stuttgart, Heilbronn, Reutlingen und Ulm haben sich in den auf Ansuchen der Kläger abgegebenen Gutachten dahin geäußert:

> „es sey ein im Handelsverkehr anerkannter Grundsatz, daß der nachfolgende abliefernde Fuhrmann (der letzte Lieferer) für den vorhergehenden Fuhrmann, von dem er die Waare übernommen, einzustehen, und dem Empfänger für die Beschädigung auch dann zu haften habe, wenn er den Beweis in Händen habe, oder (wie die Handelskammern von Stuttgart und Ulm sich ausdrücken) wenn er bei der Uebernahme des Guts sich habe bescheinigen lassen, daß ihm dasselbe im beschädigten Zustand übergeben worden sey [4]."

Dem von den Klägern vorgelegten Gutachten der Handelskammer zu Mannheim über den vorliegenden besonderen Streitfall liegt die rechtliche Ansicht zu Grunde, daß weder die Constatirung des bereits vorhandenen Schadens noch eine Verwahrung den nachfolgenden Fuhrmann gegen den Uebergang der Verbindlichkeit seines Vormannes auf ihn zu schützen vermöge.

Die in dritter Instanz als Sachverständige über den von den Klägern behaupteten Handelsgebrauch vernommenen, dem

---

Inhalt des Frachtbriefs das Frachtgut an den Adressaten zu überliefern, und komme das Gut beschädigt an, so sey er nach den Gesetzen dem Adressaten zur Entschädigung verpflichtet.

4) Vgl. auch Malß, Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt Nr. XVI. S. 49. Feust in den Bl. f. R.-A. Bd. 7 S. 389, und Sammlung der rechtlichen Entscheidungen und Gutachten der württemb. Handelsschiedsgerichte ꝛc., 1ste Lieferung S. 101, 143.

Digitized by Google

Handelsstande angehörigen drei Spediteure W., R. und E. haben erklärt:

> nach allgemein anerkanntem Handelsgebrauch bleibe der letzte Lieferer (Fuhrmann oder Spediteur) dem Adressaten verantwortlich, und zwar dafür, daß die Güter in gleich gutem Zustand abgeliefert werden, in welchem sie nach dem Inhalt des Frachtbriefs übernommen worden seyen. Wenn auch Fuhrleute oder Spediteure bei Versendungen mit directen Frachtbriefen die meisten ihrer Vormänner gar nicht kennen, so übernehmen sie doch alle Verbindlichkeiten, welche der erste Uebernehmer eingegangen sey. Diese Haftverbindlichkeit des abliefernden Fuhrmannes bleibe selbst in dem Falle in gleicher unveränderter Kraft, wenn er beweise, daß er die Waare schon in beschädigtem Zustand von seinem Vormann angenommen, und daß er gegen die Verbindlichkeit, für diesen Schaden zu haften, sich ausdrücklich verwahrt habe. [5])

Eine Ausnahme von dieser Regel lassen die beiden Sachverständigen W. und E. nur unter den beiden Voraussetzungen zu, daß der letzte Fuhrmann den Zustand der beschädigten Waare vor der Uebernahme habe gerichtlich constatiren lassen, und erst auf Ermächtigung des Gerichts,[6]) oder des Versenders, oder des Adressaten die Waare weiter befördert habe. Dagegen glaubt der Sachverständige R., es genüge zur Befreiung des Fuhrmanns von der Haftverbindlichkeit, daß er den Zustand der Waare durch eine gerichtliche Expertise constatiren lasse ꝛc. ꝛc.

Nach allem diesem ist man in der Handelswelt, insbesondere in Württemberg, darüber einverstanden, daß in dem unterstellten Falle, wenn ein mit directem Frachtbrief versehenes Gut durch

---

5) Aus mehreren von den Sachverständigen angeführten einzelnen Fällen ergab sich, daß der Empfänger einer auf dem Transport beschädigten Waare ohne Rücksicht darauf, auf welcher Wegstrecke der Schaden entstanden, an den letzten Lieferer sich zu halten, und daß dieser sodann seinen Rückgriff an seinen unmittelbaren Vormann zu nehmen pflegt.

6) Welches Gerichts? Würde wohl ein Gericht eine solche Ermächtigung ertheilen?

Digitized by Google

die Hände mehrerer Fuhrleute geht, der abliefernde Fuhrmann von Rechtswegen verpflichtet sey, dem Empfänger für den während der ganzen Dauer des Transports entstandenen Schaden zu haften, dem Empfänger gegenüber den im Frachtbrief genannten Transport-Unternehmer und dessen Verbindlichkeit nach ihrem ganzen Umfang zu vertreten.

Der Grund und Zweck dieses Handelsgebrauchs kann kein anderer seyn, als daß man es im Interesse des Handelsverkehrs für angemessen hielt, dem Empfänger der Waare die Verfolgung seiner Entschädigungs-Ansprüche zu erleichtern und ihm die Weitläufigkeiten, welche für ihn mit der Verweisung an einen ihm entfernter stehenden vorangegangenen Frachtbesorger verbunden seyn könnten, zu ersparen. Dieser Zweck würde nicht erreicht, wenn der nachfolgende Fuhrmann die Verbindlichkeit, für seinen Vormann dem Empfänger gegenüber zu haften, durch eine mit seinem Vormann getroffene besondere Verabredung oder durch bloße Constatirung des bereits vorhandenen Schadens von sich ablehnen könnte. Ein solcher Act ist daher zwar dazu geeignet, dem nachfolgenden Fuhrmann den Beweis für seinen Regreßanspruch gegen seinen Vormann zu sichern, nicht aber dazu, den Umfang seiner eigenen Verpflichtung gegenüber dem Empfänger zu beschränken ꝛc.

Der Umstand, daß dieser Handelsgebrauch von allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweicht, konnte nur die Folge haben, daß das Bestehen desselben erwiesen werden mußte. Nachdem aber dieser Beweis geführt ist, kann jener Umstand der Rechtsgültigkeit des Gebrauchs keinen Eintrag thun.

Die Einwendung des Beklagten, daß die Verpflichtung des letzten Lieferers, für seine Vormänner zu haften, nur so weit bestehe als der Empfänger in der Lage sey, seinen Entschädigungsanspruch mittelst Abzugs an der Fracht, d. h. mittelst Compensation gegen die von dem Fuhrmann einzucassirenden Frachtgebühren und Spesen geltend zu machen, wird dadurch widerlegt, daß die Handelskammer und die Sachverständigen eine solche Beschränkung nirgends anerkennen, sondern von der Verpflichtung

Digitized by Google

des letzten Lieferers zum vollen Ersatz des ganzen Schadens, den das Gut während des Transports erlitten, sprechen ꝛc. ꝛc.

Zwar hat der Beklagte durch den von ihm verfaßten Revers, welchen er den Sch. vor dessen Weiterreise unterzeichnen ließ, und in seinem Benachrichtigungsschreiben an die Versender und die Adressaten zu verstehen gegeben, daß er mit der Uebernahme der verdorbenen Waare die Verpflichtung, für die Beschädigung einzustehen, nicht zugleich übernehmen wollte. Allein durch diese Verwahrungen und durch dasjenige, was er sonst zur Constatirung des Schadens in unförmlicher Weise gethan hat, wird an der Thatsache, daß er an der Stelle des Sch. als Frachtunternehmer sich eingemischt, und an den rechtlichen Folgen dieser Thatsache, wie sie durch den Handelsgebrauch festgestellt sind, nichts geändert ꝛc. ꝛc.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 31 Januar 1855. (v. H.)

57.

Aufrechnungen des Verkaufs-Commissionärs für Verpackung und Expedition zurückgesendeter Waaren, erst nach Aufhebung des mehrjährigen Verhältnisses angemeldet. Auslieferungsprovision.

In Beurtheilung eines Gegenanspruchs solchen Betreffs äußern die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung:

Es handelt sich hiebei nicht von baaren Auslagen, sondern lediglich von Vergütung einer vom Beklagten (Verkaufs-Commissionär) und seinen Leuten für die Kläger, in Ausführung der von diesen aufgetragenen Waaren-Zurücksendung gehabten Bemühung. Nun hat aber der Beklagte während der ganzen Dauer des Commissionsverhältnisses von 1842 bis zum November 1849 in den zwischen den Parteien regelmäßig gepflogenen Abrechnungen für jene Bemühungen nichts berechnet, sondern ist erst nach Aufhebung seines Commissionsverhältnisses damit aufgetreten. Durch dieses Verhalten hat er aber deutlich zu erkennen gegeben, daß er während der Commissionsverbindung für jene Bemühungen

Digitized by Google

nichts berechnen wollte, vielmehr seine Vergütung dafür in den sonstigen Vortheilen der Geschäftsverbindung fand, was auch um so natürlicher ist, da er ohnehin seines Geschäfts wegen Leute und Geschirr halten mußte, ihm also keine besonderen Kosten dadurch entstanden. Selbst wenn anfangs eine Bezahlung für jene Bemühung ausdrücklich verabredet worden wäre, würde es nach fr. 26 de probat. (22. 3) vieles für sich haben, in dem gänzlichen Stillschweigen des Beklagten bei den wiederholten Abrechnungen der Parteien in dem ganzen Zeitraum von 1842 bis 1849 einen Verzicht desselben auf seinen Anspruch zu finden. Er räumt aber selbst ein, daß eine Verabredung der Art nicht stattgefunden habe, so daß jenes Stillschweigen nur als eine Erklärung des unter den Parteien von Anfang an stattfindenden Rechtsverhältnisses aufzufassen ist.

Der Gesichtspunkt einer sogenannten Auslieferungsprovision, den Beklagter für sich geltend zu machen versucht, ist auf den vorliegenden Fall gar nicht anwendbar; denn bei einem so umfassenden und Jahre lang fortbetriebenen Commissionsverkauf, wie er hier in Frage steht, ist die Zurücknahme einzelner im Verhältniß zum Umfang des ganzen Geschäfts nicht bedeutender Waarenpartien, mögen sie nicht verkäuflich gewesen seyn oder die Committenten aus anderem Grunde ihre Bestimmung geändert haben, eine natürliche und gewöhnliche, in der Regel unvermeidliche Folge des Geschäftsbetriebes selbst, worauf von beiden Seiten im voraus gerechnet werden mußte, und kann daher mit Zurückziehung des Auftrages zu einem einzelnen schon vorbereiteten und in der Ausführung begriffenen Commissionsgeschäft nicht verglichen werden. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 9 Oct. 1852 in der Frankfurter Sache Rolffs wider Strunck. Samml. von Römer (Boselli). Bd. 1 S. 296 f.

Digitized by Google

58.

Ende eines Monats als Zahlungszeit in Wechseln.

Nach Art. 4 Nr. 4 und Art. 96 Nr. 4 der A. D. Wechselordnung gehört die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, zu den wesentlichen Erfordernissen sowohl des gezogenen als des trockenen Wechsels. Insbesondere kann bei Tagwechseln die Zahlungszeit nur auf einen bestimmten Tag festgesetzt werden. Diesem Erfordernisse ist aber in einem z. B. „Ende März 1854" als Zahlungszeit bestimmenden Wechsel genügt, weil unter Ende „März 1854" nach dem gewöhnlichen Wortverstande der 31 März 1854 zu verstehen ist. . . . . [1])

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 15 Juli 1854. Striethorst, Archiv. Jahrg. IV. Bd. 1 S. 273.

59.

Bestimmung der Zahlungszeit des Wechsels ohne Jahreszahl.

Art. 4 Nr. 4. der A. D. WO.

Den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir was folgt:

Die Wechselerklärung „am 30 October zahle ich" erhält ihre volle Bestimmtheit durch das vom 15 October 1853 lautende Datum des Wechsels dahin, daß darunter der nächstfolgende 30 October, also der 30 October 1853 zu verstehen ist. Zu dessen Constatirung bedarf es keiner weiteren Bezugnahme oder Folgerung, die Bestimmtheit eines solchen Zahlungstages folgt aus den Contentis des Wechsels selbst.

Die Vorschrift des Art. 4 Nr. 4 der Wechselordnung findet ihr Verständniß dadurch, daß man nach dem Leipziger Conferenzprotokolle vom 25 October 1847 nur solche allgemeine Bezeichnungen, wie: Ostern, Weihnachten u. s. w. ausgeschlossen wissen

1) Im gegebenen Falle war noch auf die „vorwaltenden Umstände" Bezug genommen.

Digitized by Google

wollte; es iſt aber bei der Berathung von keiner Seite erwähnt worden, daß der Tagwechſel, um als ſolcher gültig zu ſeyn, unter allen Umſtänden und ſchlechterdings die Jahreszahl des Verfalltages enthalten müſſe, auch nicht daß der im gewöhnlichen Verkehrsleben übliche, jedem Wechſelgeber und Wechſelnehmer verſtändliche Sprachgebrauch in dieſer Beziehung nach den vorwaltenden Umſtänden nicht zu berückſichtigen ſey.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 16 Febr. 1854. Archiv f. deutſches Wechſelrecht Bd. 4 S. 191.

60.

Eine Unterſchrift auf der Vorderſeite des Wechſels als Blanco-Indoſſament nicht wirkſam.

Der Art. 12 der A. D. WO. beſtimmt:

> Ein Indoſſament iſt gültig, wenn der Indoſſant auch nur ſeinen Namen oder ſeine Firma auf die Rückſeite des Wechſels oder der Copie, oder auf die Allonge ſchreibt. (Blanco-Indoſſament.)

Dieſer Vorſchrift zufolge kann eine Unterſchrift wechſelrechtlich nur dann als Blanco-Indoſſament in Betracht kommen, wenn ſich dieſelbe auf der Rückſeite des Wechſels befindet. Der innere Grund iſt der, daß jede einfache Namensunterſchrift auf der Vorderſeite eine ſelbſtändige Verpflichtung aus dem Wechſel, einen Wechſelaval begründet. (Art. 81) . . . . . Die Legitimation des Wechſelinhabers iſt bei Blanco-Indoſſamenten dadurch bedingt, daß ſich dieſelben als ſolche, als wirkliche Blanco-Indoſſamente darſtellen. Sind aber Blanco-Unterſchriften nur dann für gültige Blanco-Indoſſamente zu erachten, wenn ſie ſich auf der Rückſeite des Wechſels befinden, ſo folgt, daß Blancounterſchriften auf der Vorderſeite für nicht geeignet anzuſehen, die Activlegitimation des Wechſelinhabers in der Reihe der Giro's zu vermitteln. Bei dem Vorhandenſeyn ſolcher, auf der Vorderſeite ſtehenden Blanco-Unterſchriften entſteht wechſelrechtlich

Digitized by Google

eine Lücke in der Reihe der Indossamente, welche durch Schlußfolgerungen nicht ausgefüllt werden kann und darf. . . . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 23 Mai 1854. Archiv für d. WR. Bd. 4 S. 343 f.

61.

Accept vor der Unterschrift des Ausstellers.

Vgl. Bd. 7 Nr. 236, 350.

Weder in Art. 4 Nr. 5 der A. D. WO. noch in Art. 21 ist gesagt, daß das Accept bei Vermeidung der Ungültigkeit der Unterschrift (des Ausstellers) nicht vorhergehen dürfe. Ist dasselbe auf ein Wechselformular gesetzt und dieß einem andern überlassen, so wird dieser dadurch in den Stand gesetzt, das Formular der Verabredung gemäß oder nach der ihm vielleicht überlassenen Disposition, auszufüllen. Die Vorschrift des Art. 21:

„daß jede auf den Wechsel geschriebene und vom Bezogenen unterschriebene Erklärung für eine unbeschränkte Annahme gelte"

schließt gerade die Aufstellung derartiger, den Wechselverkehr fremder und denselben beeinträchtigender Unterscheidungen aus, welche daher, vom Dolus abgesehen, nicht zugelassen werden dürfen.

Die Einrede, daß vor der Unterschrift acceptirt worden, ist gegen den Aussteller nicht wirksamer als gegen einen dritten Erwerber des Wechsels. Denn da nach Art. 23 der Bezogene dem Aussteller aus dem Accepte wechselmäßig haftet, so ist dadurch der Aussteller in die Reihe der Personen, die aus einem nach Art. 21 eingerichteten Accept klagen können, gerückt, und hat also ganz dasselbe Recht in dieser Beziehung, das jenem eingeräumt werden muß. Gelpke, Zeitschrift Heft 3 S. 194.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 7 September 1854. Striethorst, Archiv. Jahrg. IV. Bd. 1 S. 278.

62.

Wechselaccept unter Modificirung der Zahlungszeit.

Der Art. 22 der A. D. W. verordnet:

> Der Bezogene kann die Annahme auf einen Theil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränken. Werden dem Accepte andere Einschränkungen beigefügt, so wird der Wechsel einem solchen gleichgeachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist. Der Acceptant haftet aber nach dem Inhalte seines Accepts wechselmäßig.

Ein am 11 Juni 1853 drei Monate a dato (also am 11 Sept.) zahlbar gezogener Wechsel wurde „pro 11 Oct. 1853" acceptirt, aber auch an letzterem Tage nicht bezahlt, hierauf der Protest Mangels Zahlung erhoben. Die auf diesen Protest gebaute Regreßklage hatte keinen Erfolg, weil zufolge der Bestimmung:

> „so wird der Wechsel einem solchen gleichgeachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist"

die Präsentation zur Zahlung und Protesterhebung Mangels Zahlung bereits am 11 September hätte geschehen müssen.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 22 Dec. 1853. Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 4 S. 207 f.

63.

Wechselaccept für eine Waarenschuld. Wiefern liegt darin Tilgung durch Novation?

Vgl. Bd. 2 Nr. 16, 88, 89, 151; Bd. 8 Nr. 288.

Ueber den Betrag einer Waarenforderung hatte der Verkäufer (ein Actienverein) einen Wechsel, nach vier Monaten an eigene Ordre zahlbar, auf den Waaren-Besteller gezogen, und dessen Accept erlangt. Noch vor dem Eintreffen der Waaren bei dem Besteller war dieser in Falliment gerathen. Aus dessen Gantmasse wurden die vorhandenen unbezahlten Waaren für den Verkäufer, welcher den acceptirten Wechsel noch unbegeben im

Digitized by Google

Portefeuille hatte, reclamirt. In Beurtheilung dieser Reclamation sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Es fragt sich, ob die an sich gegründete Reclamationsbefugniß durch die Annahme des Wechselacceptes ausgeschlossen sey. Wenn die Forderung aus dem Verkaufe des Wechsels ungeachtet fortbesteht und der Wechsel nur als ein accessorisches Sicherungs- und Bestärkungsmittel der civilen Verbindlichkeit aufgefaßt wird, so sind die Waaren nach wie vor als auf Credit gegeben anzusehen und können zurückgefordert werden; während das Rückforderungsrecht wegfallen muß, und nur eine Liquidation der Wechselforderung als solcher im Concurse eintreten kann, wenn die Forderung aus dem Kaufvertrage durch das Geben und Nehmen des Wechsels für getilgt oder novirt erachtet wird. Wäre der Wechsel schlechthin dem Papiergelde gleichzustellen, so würde sich eine allgemeine, überall zutreffende Antwort auf die Frage ob das Wechselgeben oder Wechselnehmen Zahlung ist, von selbst ergeben. Eine solche Auffassung des Wechsels ist indeß nirgends sanctionirt, und in der Wechselordnung entschieden nicht vorwaltend. Um zu einer entsprechenden Beantwortung der aufgeworfenen Frage zu gelangen, ist zunächst in Betracht zu ziehen, ob ein Abkommen dahin, daß der Wechselzug und das Accept die Wirkung der Zahlung oder der Novation, überhaupt die Wirkung der Tilgung der dem Wechsel unterliegenden Verbindlichkeit haben soll, erkennbar gemacht ist. Sodann wird, wenn dieß nicht der Fall, je nach den verschiedenen Arten der Wechsel, darauf zu sehen seyn, bis zu welchem Stadium des Umlaufes das Wechselpapier gelangt ist, und welche sonstige Umstände bei dem Geben und Nehmen des Wechsels vorgewaltet haben. . . . . .

Weder die vorgelegte Correspondenz noch die Behauptungen der Parteien haben im vorliegenden Falle ein besonderes, auf die Tilgung der Verbindlichkeit aus dem Kaufvertrage durch das Wechselaccept des D. gerichtetes Abkommen erkennbar gemacht. Ebenso wenig sind besondere Umstände, wie etwa Ertheilung einer Quittung über die Waarenschuld,[1]) als solche

1) Wegen dieses Umstandes war der Eintritt der Tilgung von dem Berliner Obertribunal in einem Erk. vom 28 Oct. 1851 angenommen worden.

Digitized by Google

seitens des Verkäufers behauptet. Es ist daher der Wechsel vom 22 Juli 1852, wie er jetzt liegt, allein in Betracht zu ziehen, und dabei als wesentlich festzuhalten, daß er von dem Verkäufer an eigene Ordre gezogen, von dem Käufer acceptirt, von dem Verkäufer jedoch nicht weiter begeben ist. Wird dieß ins Auge gefaßt, so ist so viel richtig, daß die klagende Partei bei noch nicht erfolgter Begebung und Versilberung des Wechsels eine Zahlung für die unterliegende Waarenschuld noch nicht erhalten hat. Es ist aber auch durch den Wechsel in dem Stadium, in welchem er sich noch jetzt befindet, eine Novation des unterliegenden civilrechtlichen Verhältnisses noch nicht bewirkt. Richtig ist es zwar, daß der Bezogene nach Art. 23 der WO. auch dem Aussteller aus dem Accepte wechselmäßig haftet; dieß schließt aber an sich den Fortbestand der civilrechtlichen Obligation neben der wechselmäßigen Verhaftung noch nicht aus. Entschieden gegen den Vorgang einer Novation spricht der Art. 82 der WO., nach welchem sich der Wechselschuldner unter anderem auch solcher Einreden bedienen kann, welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Ist darnach der verklagte Käufer, seines Wechselaccepts ungeachtet, befugt, dem aus dem Accepte klagenden Verkäufer gegenüber auf das dem Wechselzuge unterliegende Kaufgeschäft zurückzugehen und sich gegen den Wechsel-Anspruch mit den aus dem Kaufgeschäfte entnommenen Einreden zu schützen, so kann zwischen diesen beiden Personen eine, die civilrechtliche Obligation aus dem Kaufgeschäfte aufhebende und tilgende Novation durch den Wechselzug nicht vorgegangen seyn; es muß vielmehr die Fortdauer der ursprünglichen Verbindlichkeit angenommen werden, woraus sich dann weiter ergibt, daß in einem solchen Falle der noch nicht weiter begebene Wechsel für das unmittelbare Verhältniß des Verkäufers und Käufers nur die Bedeutung eines eine strengere Proceßform verschaffenden Rechtsgeschäftes erhält. . . . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 29 Juni 1854. Striethorst, Archiv. Jahrg. IV. Bd. 1 S. 237 f.

64.

Protesturkunde. Unrichtige Abschrift eines Indossaments. Unwirksame Bezugnahme auf den richtigen Eintrag im Protestregister.

Art. 87, 88, 90 der A. D. WO.

Zur Beseitigung des vorhandenen Mangels einer unrichtigen Indossaments-Abschrift [1]), folgeweise zur Aufrechthaltung des durch Gültigkeit des Protestes bedingten Regreßanspruchs, ist ein Beweis weder gegen noch neben dem Proteste zulässig. Der Protest an sich ist ein der Recognition nicht bedürfendes Attest in solenner Form darüber, daß von dem Wechselinhaber alle die Diligenzen beachtet sind, welche als Bedingungen des Regresses vorgeschrieben sind. Darauf sind die in den Art. 87 und 88 der WO. vorgeschriebenen Requisite zurückzuführen. Der Protest stellt sich demnach, ebenso wie der Wechsel selbst, als ein strenger Formalact dar. Die durch den instrumentirenden Notar oder gerichtlichen Beamten bewirkte Ausfertigung ist bestimmt, mit dem Wechsel den Rücklauf zu nehmen. Sie soll allein und durch sich selbst den in Anspruch genommenen Wechselbetheiligten die Ueberzeugung gewähren, daß die den Regreß bedingenden Vorschriften befolgt sind; sie (die Protestausfertigung) allein ist daher auch entscheidend; einen Beweis daneben oder dagegen zuzulassen, würde dieselbe zu einem gewöhnlichen, processualischen Beweismittel herabsetzen. Dieß würde ihrer Natur, als einem Formalact, widersprechen, und für den Wechselverkehr unauflösliche Schwierigkeiten herbeiführen. Die Unzulässigkeit eines Beweises daneben oder dagegen durch Zeugen und Eid erscheint danach zweifellos; in gleicher Weise muß aber auch ein durch das Protestregister zu führender Beweis für unstatthaft erachtet werden. Es verordnet zwar der Art. 90 der WO., daß die Notare und Gerichtsbeamten schuldig seyen, die von ihnen aufgenommenen Proteste nach deren ganzem Inhalte Tag für Tag und nach Ordnung des Datums in ein besonderes Register einzutragen, das von Blatt

1) Im gegebenen Falle war an „Frau Gräfin von A." indossirt. Die Abschrift bezeichnete „den Grafen von A." als Indossatar.

Digitized by Google

zu Blatt mit fortlaufenden Zahlen zu versehen ist, und es ergibt sich als Zweck dieser dem Art. 176 des Code de commerce nachgebildeten Anordnung, daß dem Betheiligten für den Fall des Verlustes oder Verderbens einer ausgefertigten Protesturkunde in dem Protestregister ein Mittel gegeben seyn soll, eine neue Ausfertigung zu erlangen; es folgt daraus aber nicht, daß der in dem Protestregister befindliche Protest als Beweismittel dazu benützt werden kann, um diejenigen Mängel zu beseitigen, welche sich in einer vorhandenen, in aller Form ausgefertigten, und mit dem Wechsel schon im Rücklauf befindlichen Protesturkunde gezeigt haben. Diese kann, als der allein entscheidende selbständige Formalact, nur nach der Form, in der sie mit dem Wechsel ihren Rücklauf begonnen hat, und nach ihrem eigenen Inhalt beurtheilt werden. Es kann demnach nicht darauf ankommen, zu prüfen, ob das vorgelegte Protestregister den in dem Art. 90 der WO. vorgeschriebenen Erfordernissen auch wirklich entspricht; die Berufung auf dasselbe muß für einen Zweck, wie der hier vorliegende, von vorn herein als unstatthaft zurückgewiesen werden, wie es denn auch keinen Einfluß hat, daß die Identität des vorliegenden und protestirten Wechsels von Seite des Regreßbeklagten nicht beanstandet wurde.

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 22 November 1853. Archiv für d. Wechselrecht Bd. 4 S. 178.

65.

Indossirung nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist. Regreßrecht aus solcher Indossirung.

Art. 16 der A. D. WO.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber unter Verwerfung der von Mittermaier im Arch. f. D. WR. Bd. 1 S. 30 f. ausgeführten Ansicht:

Das Bedürfniß, bei Zulassung einer Regreßklage wider den Indossanten aus einem nach Eintritt der Verfallzeit gestellten Indossamente eine Frist für das Verfahren der Inhaber mit

Präsentation und Protesterhebung festzusetzen, findet die allgemeinste Anerkennung, und wenn auch eine solche Bestimmung in der deutschen WO. nicht ertheilt worden, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß man unmöglich eine Regreßnahme ohne den Vorgang einer wechselmäßigen Diligenz zulassen kann. Daher hat man die Fälle, wo der Regreß zulässig ist, zunächst darauf zu beschränken, wo über das von dem Indossatar und den folgenden Nehmern zu beobachtende Verfahren ausdrückliche Abrede in und beim Indossamente stattgefunden hat, oder wo doch wenigstens im Wechsel auf andere Weise indicirt worden, daß von Seiten des Zahlers eine anderweite Erklärung wegen der von ihm zu gewärtigenden Einlösung für einen von ihm bestimmten Tag vorbehalten worden ist, wo also, bei der Tratte, der Bezogene den Accept nicht für den Verfalltag, sondern für einen spätern, zur Zeit des Indossaments noch nicht eingetretenen Tag geleistet hätte, oder wo erst am Verfalltag selbst der Zahler um Nachsicht unter dem Gelübde einer spätern Zahlung angesucht hätte.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Januar 1853: (Ehmig w. Kaim). Zschft. f. Rpfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 372.

66.

Vorlegung des Wechsels und Protestes ist nicht Voraussetzung der Wechselregreßklage.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die Wechselregreßklage gegen die Vormänner ist actio nata, sobald der zur Zahlung präsentirte Wechsel seitens des Acceptanten nicht gezahlt, und dieß durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest constatirt ist. Art. 41 der A. D. WO. Daß ein Mehreres, namentlich die (der Klage vorgängige) Vorlegung des Wechsels und Protestes an den im Regreßwege in Anspruch zu nehmenden Vormann oder Aussteller erforderlich sey, läßt sich aus dem Art. 91 der WO. nicht ableiten, weil sich diese Vorschrift auf die Vorbedingungen der Wechselregreßklage nicht

Digitized by Google

bezieht, vielmehr lediglich den Ort und die Zeit für die Präsentation, wenn sie nach den anderweit darüber gegebenen Bestimmungen nothwendig ist, und für andere im Wechselverkehr vorkommende Handlungen regelt. Entschieden aber spricht dafür, daß die Vorlegung des Wechsels und Protestes nicht Vorbedingung ist, um die Wechselregreßklage zur actio nata zu machen, der Art. 45 der WO. und dessen Entstehungsgeschichte; indem der Art. 44 des preußischen Entwurfes die Erhaltung des Wechselrechts gegen die Vormänner von der Vorlegung des Wechsels nebst der Protesturkunde an den wechselrechtlich in Anspruch zu nehmenden Vormann abhängig gemacht hatte, diese Bestimmung aber nach den Conferenzbeschlüssen weggefallen ist. Dazu kommt die Erwägung, daß die praktische Durchführbarkeit in solchen Fällen scheitern würde, wo mehrere Vormänner, welche zusammen belangt werden sollen, in entfernten Orten oder Ländern wohnen. . . . . Durch die regelmäßig (nach Vorschrift des Art. 45) zu erlassende Notification, daß der Wechsel bei dem Acceptanten Noth gelitten hat, werden die Vormänner berufen, sich um das Schicksal des Wechsels zu kümmern; das Klagerecht des Regredienten kann nicht erst durch die Vorlegung des Wechsels nebst Protest zur Zahlung an den oder die Vormänner als erwachsen angesehen werden. Anders bei dem Acte der Zahlung des Wechsels, für welche aus den Vorschriften der WO. (vgl. Art. 36, 39, 40) unzweifelhaft erhellt, daß sie der Regreßpflichtige nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu leisten braucht.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 13 Juni 1854. Archiv f. d. WR. Bd. 4 S. 346 f.

67.

Keine Verbindlichkeit des Regreßpflichtigen, die Wechselzahlung zu überbringen. Zahlungslocale.

Der Wechselschuldner hat die Wechselzahlung in seinem Geschäftslocale, und in Ermangelung eines solchen in seiner Wohnung zu leisten; er kann daher nicht für verbunden erachtet

Digitized by Google

werden, das Geld dem Wechselgläubiger zu überbringen. Nach Art. 91 der WO. ist das Geschäftslocal, und in Ermangelung eines solchen die Wohnung derjenigen Person, von welcher eine wechselmäßige Leistung verlangt wird, principiell als der entscheidende Ort bezeichnet. Diese Vorschrift findet auch auf die Frage Anwendung, an welchem Orte die Wechselzahlung zu leisten ist; auch der Ort der Zahlung wird durch sie geregelt, und es ist dabei kein Unterschied gemacht, ob die Bezahlung von dem Bezogenen oder von einem regreßpflichtigen Vormann gefordert wird . . . . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 13 Junius 1854. Arch. f. d. WR. Bd. 4 S. 350 f.

68.

Anstatthaftigkeit der Einreden von Wechselbeklagten: a) an einen Vormann gezahlt zu haben, b) der Simulation.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir was folgt:

Der von den Beklagten aufgestellte Einwand der dem Vormanne des Klägers (F.) angeblich geleisteten Befriedigung ist hinfällig. Aus dem Wechselrechte selbst geht der Einwand nicht hervor. Unmittelbar steht er den Verklagten gegen den Kläger auch nicht zu. Er ist daher zu verwerfen.

Der Einwand der Beklagten, das von dem F. dem Kläger ertheilte, auf die Uebertragung des Eigenthums gerichtete Indossament sey simulirt, dasselbe sey ein bloßes Procuragiro, und deßhalb in ein eigentliches Giro gekleidet worden, um den Verklagten den obigen Einwand der Befriedigung abzuschneiden — muß gleichfalls zurückgewiesen werden. Der Wechsel in seiner Kraft als strenger, in der Schrift allein sich abschließender Literalvertrag schließt den Einwand aus. Der Wille, die Verabredung der Interessenten bei einem Wechselgeschäft ist, soweit es sich um die Entstehung wechselmäßiger Wirkungen aus demselben handelt, lediglich aus den abgegebenen Wechselerklärungen abzuleiten. Eine

Digitized by Google

solche auf Grund einer freien Vereinigung unter den Contrahenten erfolgte, nach Form und Inhalt bestimmte, wechselmäßige Wirkungen begründende Erklärung läßt gerade die Absicht der Interessenten erkennen, daß das Geschäft recht eigentlich in der Art und Weise, wie es sich aus dem Inhalte der Wechselschrift ergibt, geschlossen worden sey, damit es überhaupt, und insbesondere dem Dritten gegenüber, der eine Wechselverpflichtung aus demselben zu erfüllen hat, die gesetzlichen Wirkungen hervorbringe. . . . . Der Einwand der Simulation ist im Wechselprocesse unstatthaft. Aus dem Wechselrechte selbst geht er nicht hervor. Den Verklagten steht der Einwand auch nicht unmittelbar gegen den Kläger zu. Die ersteren greifen vielmehr die Rechtsbeständigkeit des der Wechselbegebung des Indossanten F. an den Kläger zum Grunde liegenden Geschäftes an. Dazu sind sie aber nach der Natur des Wechsels nicht befugt. Auf einen solchen Entstehungsgrund des, lediglich in den Gränzen des Literalvertrages sich bewegenden und wirksamen Wechselgeschäftes kann bei diesem nicht zurückgegangen werden. Die Schrift für sich allein regelt und begränzt das wechselmäßige Rechtsverhältniß unter den Parteien . . . . . .

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 15 April 1851. Archiv f. d. Wechselrecht Bd. 4 S. 340 f.

69.

Schuldverschreibung mit der Wechselclausel, verschieden vom eigenen Wechsel.

Brauer äußert in seiner Erläuterung der D. WO. zu §. 96:

Der eigene Wechsel unterscheidet sich wesentlich von einer Schuldverschreibung nach Wechselrecht (Schuldbekenntniß unter der Wechselclausel). Letztere erscheint als eine gewöhnliche Schuldverschreibung, worin das ursprüngliche Vertragsverhältniß zwischen den Parteien angegeben, aber die Verbindlichkeit des Schuldners durch dessen Unterwerfung unter die Wechselstrenge bestärkt wird. . . . . .

Digitized by Google

Unter Bezugnahme auf diese Aeußerung Brauer's sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe in Beurtheilung eines Falles dieser Kategorie unter anderm:

Aus der Fassung der im Original beigebrachten Urkunde ist zu ersehen, daß die darin verschriebenen 400 Thaler lediglich als der Kaufpreis für 17 Stück erkaufte Kühe gezahlt werden sollten; die eingeklagte Forderung beruht demnach auf einem zweiseitigen Vertrage, setzt daher die richtige und vollständige Erfüllung des Contracts von Seiten des Verkäufers voraus, auf welche sich der Verkäufer in dem Klagvorbringen berufen und zu deren Beweise er im Läugnungsfalle gefaßt seyn muß, wenn nicht die der Klage zu Grund liegende Urkunde eine Erklärung des Ausstellers enthält, die einer Quittung über die vollständige Erfüllung von Seiten des Verkäufers gleichzuachten oder doch wenigstens einen Verzicht auf die Einrede des nicht erfüllten Contracts an die Hand gibt. Eines dieser beiden Erforderniſse würde vorhanden seyn, wenn das Papier auch nur den Ausdruck enthielte, wie er beim Wechsel als der gewöhnliche in die Worte gefaßt wird, daß der Aussteller Valuta empfangen; dessen es aber allerdings nur dann bedarf, wenn einmal in der Wechselverschreibung eine ausdrückliche Beziehung auf ein früheres zwischen dem Wechselgeber und Nehmer bestandenes Contractsverhältniß enthalten ist. Der Umstand, daß Beklagter seine Schrift selbst einen Propre-wechsel genannt hat, und daß am Schlusse des Documentes die Worte zu lesen sind „ich unterwerfe mich im Nicht-zahlungsfalle der Wechselklage," ändert an der juristischen Ansicht vom Zustande der vorliegenden Scriptur nichts ..... Die allgemeinen Ausdrücke, welche in der Scriptur vorkommen (die Bezeichnung als Wechsel, die Anerkennung einer dem Inhaber daraus zustehen sollenden Wechselklage), sind nicht geeignet, das nach dem Inhalte der Urkunde als durch Gegenleistungen bedingt erscheinende Zahlungsversprechen in ein unbedingtes, abstractes, in einen wahren Wechsel zu verwandeln; sie können nur als Unterwerfung des Ausstellers unter eine processualisch zu verfügende Execution eines wider den Schuldner gefällten condemnatorischen Erkenntnisses Aufnahme finden, und haben keine

andere Bedeutung, als daß wider den verurtheilten Aussteller mit Anlegung des Schuldarrestes verfahren werden soll. . . . . Der wesentliche Unterschied zwischen dem wahren Wechsel und einer bloßen Schuldverschreibung nach Wechselrecht, worin das ursprüngliche Vertragsverhältniß zwischen dem Aussteller und Nehmer angegeben, und schon deßwegen als fortbestehend und fortwirkend anzusehen ist, weil die Aufhebung dessen oder eine mit der Scriptur beabsichtigte Novation nicht indicirt ist, bringt es mit sich, daß man in den obenerwähnten Erklärungen weiter nichts erkennen kann, als was man unter einer sogenannten Wechselclausel versteht . . . . .

Erk. des OAG. zu Dresden v. Januar 1853. Zschft. f. Rpf. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 367 f.

70.

Verlust des Braurechts durch Nichtgebrauch.

Es handelte sich in einer Rechtssache davon, ob das auf Vertrag mit einer Stadtgemeinde beruhende Braurecht einer Dorfgemeinde durch Nichtgebrauch erloschen, ob überhaupt dieser Erlöschungsgrund auf Gerechtsame dieser Kategorie anwendbar sey? Die Entscheidung erfolgte für die Verneinung. Die oberstrichterlichen Motive sagen unter anderem:

Es kann nicht behauptet werden, daß die über den Nichtgebrauch bei Servituten geltenden Vorschriften auf den vorliegenden Fall direct anzuwenden seyen, indem es keiner näheren Ausführung bedarf, daß bei Braurechten eine andere Art von Rechten, als Servituten sind, in Rede steht. Aber die für Servituten wie die für Privilegien über den Verlust durch Nichtgebrauch geltenden Vorschriften können auch nicht indirect (analog) auf Braurechte, wie das jetzt streitige ist [1]), zur Anwendung kommen. Die den Nichtgebrauch als Erlöschensgrund bei einzelnen

1) Welches nicht aus einem Privilegium, sondern aus einem Vertrage mit der gegnerischen Stadtgemeinde abgeleitet wurde.

Digitized by Google

Rechten einführenden Vorschriften sind selbst singulärer Natur, indem sie von der Regel abweichen, daß es jedem freisteht, von seinen Rechten Gebrauch zu machen oder nicht. Die Anwendung der Regel „ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio" scheint hier um so bedenklicher, als gerade die fragliche ratio (beschränkende und Ausnahmen von Regeln involvirende Rechte verdienen keine Begünstigung) sehr allgemein ist, ein nothwendiger Zusammenhang der dispositio legis mit der fraglichen ratio nicht einleuchtet, und demzufolge nicht zu folgern steht, daß bei dem Zutreffen derselben ratio auch die Wirksamkeit des non usus gelten müsse. Ohnehin walten hier gegen das Zutreffen der ratio Bedenken ob, da keineswegs für ausgemacht angenommen werden kann, daß bei Braurechten der Dörfer der städtischen Braunahrung gegenüber Rechte in Frage stehen, welche keine Begünstigung verdienen.

. . . . . .

Erk. des OAG. zu Jena vom 13 Februar 1834 (Gemeinde Dretsch w. Stadt Neustadt). (St.)

71.

Ueber die Berechtigung des Meisters seinen Lehrling körperlich zu züchtigen.

Ein Tapezierlehrjunge entlief seinem Meister und weigerte sich die festgesetzte Lehrzeit auszuhalten, weil ihm dieser mehrere Ohrfeigen ertheilt hatte. Der Meister, welcher das ganze ausbedungene Lehrgeld bereits erhalten, verlangte klagend die Rückkehr des Lehrlings zur Aushaltung der vertragsmäßig festgesetzten Lehrzeit und Ersatz des ihm zugefügten Schadens. In Beurtheilung dieses Rechtsfalles stellte der oberste Gerichtshof den Satz auf:

Dem Meister steht das Recht zu, den Lehrjungen, wenn derselbe seinen Unterweisungen und Rathschlägen kein Gehör gibt, auf eine mäßige und der Gesundheit unschädliche Weise körperlich zu züchtigen, die Züchtigung darf jedoch nicht in Mißhandlung ausarten.

Digitized by Google

Motivirende Erwägungen: Schon nach römischem Recht
vgl. fr. 5 §. 3 ad legem Aquil. (9, 2),
fr. 13 §. 4 locati conducti (19, 2),
Glücks Commentar Bd. 2 §. 121 Note k
ist dem Meister eine leichte Züchtigung seines Lehrlings, eine levis castigatio, erlaubt. Allein selbst wenn man, um jene Frage zu beantworten, zu Analogien und allgemeinen Grundsätzen, insbesondere der Natur des zwischen dem Meister und seinem Lehrjungen stattfindenden Verhältnisses seine Zuflucht nehmen müßte, würde dieselbe unbedenklich zu bejahen seyn. Der Meister ist verbunden, den Lehrling fleißig und gründlich in allem, was zu dem Gewerbe gehört, zu unterrichten. Dagegen ist der Lehrling verpflichtet, dem Meister Gehorsam zu leisten und dessen Disciplin im allgemeinen unterworfen. Die Lehrzeit beginnt in der Regel im 14ten Lebensjahr des Lehrlings, zu einer Zeit also, zu welcher mit dem Menschen wesentliche Veränderungen vorgehen, wo der junge Bursche seine Kräfte fühlt und das rasche Blut ihn leicht zu unbesonnenen Streichen und Uebermuth führt, wo zwar die gewöhnliche Schulzeit beendigt, seine Erziehung aber noch keineswegs vollendet ist. Gerade in diesem Alter bedarf es deßhalb in der Regel der strengsten Zucht, und so gewiß es ist, daß gerade in jenem Alter die meisten Auflehnungen gegen die häusliche Ordnung verübt zu werden pflegen, so gewiß erscheint auch dafür, wenn Ermahnungen und Tadel fruchtlos geblieben sind, in den meisten Fällen die vorübergehende und der Auflehnung auf dem Fuße folgende körperliche Züchtigung als das wirksamste und beste Besserungsmittel. Wenn nun, wie im vorliegenden Fall, ein Vater seinen kaum dem Schulzwang entwachsenen vierzehnjährigen Jungen aus dem elterlichen Hause zu einem auswärtigen Meister in die Lehre und zugleich in Kost und Logis gibt, so überträgt er demselben nicht bloß die Verpflichtung, den Jungen in dem bestimmten Gewerbe zu unterrichten, sondern er überträgt ihm auch das Recht und die Pflicht, für die weitere Erziehung des Lehrlings zu sorgen. Er gestattet ihm damit stillschweigend auch die Anwendung der erforderlichen, den Eltern zustehenden Züchtigungsmittel. Hiergegen können dann auch die Grundsätze

Digitized by Google

über das Dienstbotenverhältniß nicht in Betracht kommen. Denn abgesehen davon, daß gewichtige ältere und neuere Autoritäten

vgl. von Berg, Polizeirecht II S. 281; Strube, rechtliche Bedenken Bd. 3 (ed. Spangenberg) III S. 58, 59; Glücks Commentar II §. 121; Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 328; Maurenbrechers deutsches Privatrecht §. 535

auch den Dienstherrn ein mäßiges Züchtigungsrecht des Gesindes als schon in der Natur der häuslichen Gesellschaft begründet, einräumen, welches das preuß. Landrecht Thl. II gesetzlich statuirt, beruht das Verhältniß zwischen dem Dienstherrn und dem Gesinde nicht auf demselben Fundament, als das des Meisters zu seinem Lehrjungen.

Der Dienstbote ist in der Regel eine erwachsene und selbstständige Person, die mit bereits erlernten Fertigkeiten Dienste leistet und, wenn sie auch mitunter ernster Zurechtweisung bedarf, über die Jahre der Erziehung hinaus ist.

Von den Schriftstellern, welche die Rechtsverhältnisse der Handwerker und Zünfte ex professo behandeln, wird denn auch übereinstimmend gelehrt, daß dem Meister das Recht zusteht, seinen Lehrling, der ihm Gehorsam schuldig ist, zu züchtigen.

Ortloff, das Recht der Handwerker §. 46; Külenkamp, das Recht der Handwerker §. 76; Fricke, Grundsätze des Rechts der Handwerker §. 65. Ortloff beruft sich auf einen deßfalls überall bestehenden Handwerksgebrauch und auf das preußische Landrecht Thl. II §. 298 seq., „wo dem Meister ein väterliches Züchtigungsrecht eingeräumt und dasselbe in Abwesenheit oder Verhinderung des Meisters auf den ersten Gesellen übertragen wird." Auch die neue preußische Gewerbe-Ordnung vom Jahre 1845 unterwirft den Lehrling der väterlichen Zucht des Meisters, und eben dieß statuirt nach Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 517 und das oldenburgische Gewerbegesetz vom Jahre 1830.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 20 Januar 1855 i. S. Waldschmidt gegen Neiber. (Lgsdff.)

Digitized by Google

72.

Lithographische Abbildungen von Gemälden. Schutz gegen widerrechtliche Nachbildung.

Die Kunsthandlung von Piloty und Löhle in München hat eine Sammlung lithographischer Abbildungen von Gemälden der Münchner Pinakothek und der k. Gallerie von Schleißheim (beide Staatseigenthum) und der Privatsammlung des Königs Ludwig veranstaltet, und zwar mit besonderer Ermächtigung des genannten Monarchen, worüber königliche Entschließungen vom 3 Mai 1833, 4 September 1840 und 25 Jänner 1844 vorliegen. In neuerer Zeit erschienen Abbildungen derselben Gemälde, welche in der lithographischen Sammlung von Piloty und Löhle vorkommen, in einer Sammlung von Stahlstichen, betitelt „der Kunstverein" und unternommen von A. H. Payne, als Inhaber der englischen Kunstanstalt in Leipzig und Dresden. Die Münchner Kunsthandlung sah in diesen Stahlstichen eine rechtswidrige Nachbildung und Vervielfältigung ihrer lithographischen Blätter, und bemühte sich demzufolge sowohl in Bayern als in Sachsen um obrigkeitlichen Schutz ihres Unternehmens gegen das von Payne.

In Bayern wurden die Verhandlungen zufolge des Gesetzes vom 15 April 1840 im Untersuchungswege gepflogen und von den für Aburtheilung von Polizei-Uebertretungen zuständigen Behörden der drei Instanzen: Polizeidirection München, Regierung (Kammer des Innern) von Oberbayern, und Staatsraths-Ausschuß gleichförmig erkannt:

> Der Besitzer der Kunstanstalt in Leipzig und Dresden A. H. Payne sey der widerrechtlichen Nachbildung von artistischen Erzeugnissen der Kunstanstalt Piloty und Löhle in dem von ihm herausgegebenen Werke „der Kunstverein, Stahlstichsammlung der vorzüglichsten Gemälde und Gallerien von München und Schleißheim, Leipzig und Dresden, dritte Serie, Ites und IItes Heft" schuldig.

Demzufolge wurde gleichfalls in allen Instanzen verordnet, es seyen die in Beschlag genommenen Exemplare des Werkes

Digitized by Google

„der Kunstverein" zu confisciren und zu vernichten. Dagegen wurde die in I. und II. Instanz ausgesprochene Verurtheilung des Payne in eine Strafe von 150 fl. (zu Gunsten des Armenfonds der Stadt München) und zu den Untersuchungskosten, in der obersten Instanz in der Art abgeändert, daß die zum Armenfonde zu entrichtende Geldstrafe nur 50 fl. betragen, und Compensation der Kosten aller Instanzen Platz greifen solle.

Bei diesen Entscheidungen wurde von folgenden Erwägungen ausgegangen:[1])

1) Es handelt sich hier von dem Schutz künstlerischer Erzeugnisse, als welche die von Piloty und Löhle herausgegebenen lithographischen Abbildungen der fraglichen Gemälde zu betrachten sind. Das Gesetz vom 15 April 1840[2]) ist hierauf vollkommen anwendbar, und wurde mit allem Rechte hiefür angerufen. Der Einwand Payne's, nur die Originalgemälde in den Gallerien zu München und Schleißheim könnten als jene Kunstschöpfungen, welche er (Payne) nachgebildet habe, betrachtet werden, Piloty und Löhle seyen aber weder Urheber, noch Erben oder Rechtsnachfolger der Urheber dieser Gemälde — ist unstichhaltig.[3])

---

1) Das erst am 17 November 1852 von König Max II. der Kunsthandlung Piloty und Löhle auf 10 Jahre (nach Ablauf der im Art. III. des Ges. v. 15 April 1840 bestimmten Frist) ertheilte Privilegium war keine Grundlage der fraglichen Entscheidungen. Wohl aber wurde auf einen Erlaß der königlichen Gallerie-Direction vom 12 Sept. 1851 Bezug genommen, zufolge dessen zur Zeit dieses Erlasses niemand anderem (als Piloty und Löhle) die allerhöchste Erlaubniß zur Herausgabe von Abbildungen aus den fraglichen Gallerien ertheilt worden war.

2) In Art. I. dieses Gesetzes ist bestimmt: „Erzeugnisse der Litteratur oder der Kunst dürfen ohne Einwilligung des Urhebers, seiner Erben oder Rechtsnachfolger weder veröffentlicht noch, ohne daß ein solches Erzeugniß zu eigenthümlicher Form verarbeitet worden, nachgebildet oder auf mechanischem Wege vervielfältigt werden."

3) Erk. der Regierung von Oberbayern vom 2 Mai 1854 zu I, 1. — Eine besondere Deduction darüber, daß den lithographischen Abbildungen der Münchener Kunstanstalt im Verhältnisse zu dem Originalgemälde die Eigenschaft selbständiger Erzeugnisse der Kunst im Sinne des Art. 1 zukomme, ist in den Motiven zu den Erkenntnissen der bayerischen Behörden

Digitized by Google

2) Sowohl durch die von der k. Polizeidirection vernommenen Sachverständigen als vorzüglich durch den von der k. Kreisregierung erholten Ausspruch der k. Akademie der Künste [4]) ist festgestellt: daß in der von Payne veranstalteten Stahlstichsammlung, welcher das von Piloty und Löhle herausgegebene lithographische Werk offenbar zum Vorbilde gedient habe, ein selbständiges, zu eigenthümlicher Form verarbeitetes Kunstproduct durchaus nicht erkannt werden könne, und daß ein Vergleich der Payne'schen Stahlstiche und der Lithographien des Piloty- und Löhle'schen Werkes nicht den geringsten Zweifel darüber zuläßt, daß jene nichts als Copien des letzteren sind. [5])

3) Anlangend die von Payne vorgewendete Behauptung, daß sein Werk mit Rücksicht auf den beigefügten originalen Text Kunstnachrichten u. dgl. als ein in vollkommen selbständiger Form verarbeitetes Opus, als ein Kunst- und Litteraturwerk anzusehen sey, und nach Art. I. des Ges. v. 15 April 1840 Grund einer Untersuchung und Bestrafung nicht seyn könne — wurde in Erwägung gezogen, daß die Beschwerde auf widerrechtliche Nachbildung von Bildwerken gerichtet ist, solche nach obigem auch wirklich gegründet, das Bild in dem Payne'schen Werke der einzige und Hauptgegenstand ist, die beigefügten Biographien der Meister, die Darstellungen der Motive und Handlungen in ihren Bildern aber als keineswegs integrirend und so wesentlich zu er-

---

nicht zu finden. In gedruckten Erläuterungen, welche Piloty und Löhle in Umlauf gesetzt haben, ist ihren lithographischen Blättern die Eigenschaft artistischer Uebersetzungen der Originalgemälde beigelegt, welchen Uebersetzungen der gesetzliche Schutz in gleicher Weise gebühre, wie er den Uebersetzungen eines in fremder Sprache geschriebenen Originalwerkes anerkanntermaßen zukommt.

4) Auch die Akademie der Künste hat in ihrem Gutachten die Frage, ob den lithographischen Blättern von Piloty und Löhle die Eigenschaft selbständiger Erzeugnisse der Kunst zukomme, nicht erörtert, scheint vielmehr als ausgemachte Sache vorauszusetzen, daß diese Frage zu bejahen sey.

5) Erk. der Polizeidirection vom 17 Jänner 1854; Erk. der Kreisregierung vom 2 Mai 1854 Nr. 3; Erk. des Staatsrathe-Ausschusses vom 25 October 1854.

Digitized by Google

achten sind, um in Ansehung ihrer die loco citato bezeichnete Voraussetzung als gegeben anzusehen. [6])

4) Bezüglich der aufgelegten Geldstrafe wurde auf Art. VI. und XI. b. des Gesetzes vom 15 April 1840 Bezug genommen, und hierüber sowie wegen des Kostenpunktes in den Motiven des Erk. dritter Instanz bemerkt: Nach den in den Acten vorgekommenen vielfachen, mit scharfsinnigen Gründen unterstützten Erörterungen der Frage:

Was unter eigenthümlicher Form zu verstehen sey?

hat sich diese Frage in dem concreten Falle als äußerst zweifelhaft dargestellt, daher auch der unterliegende Theil sehr viele Entschuldigungen für sich hat, welche seine Schuld mindern. Daher wurde das Strafmaß auf das Minimum herabgesetzt. Dasselbe gilt von den Kosten, deren Compensation in besonderen Fällen wo jeder Theil gleich redliche Ursache zum Streite hatte, gesetzlich gerechtfertiget ist. [7])

In Sachsen erwirkten zwar Piloty und Löhle in der polizeilichen Voruntersuchung von Seite des Stadtraths und der k. Kreisdirection zu Leipzig gleichfalls ihrem Antrag auf Beschlagnahme stattgebende Bescheide, indem diese Behörden von der Ansicht ausgiengen, das Copiren eines Originalgemäldes durch eine Zeichnung auf Stein sey ein selbständiges Kunstwerk, dessen Urheber den gesetzlichen Schutz gegen widerrechtliche Nachbildungen dieses seines Kunstwerkes in Anspruch zu nehmen ebenso befugt sey, wie der Urheber des Oelgemäldes hinsichtlich des letzteren. Allein die Hauptsache wurde nach den dortigen Competenzbestimmungen im Wege des Civilprocesses verhandelt, und dieser gleichförmig in drei Instanzen zum Nachtheil der Kläger dahin entschieden, daß der Kläger Suchen in der angebrachten Maaße nicht statthabe.

Aus den Motiven des oberstrichterlichen Erkenntnisses (vom 9 Jänner 1855) entnehmen wir was folgt:

6) Angef. Erk. der Polizeidirection.

7) Paßt wohl die Kostencompensation zu dem nach Art. IX. und X. des Ges. vom 15 April 1840 in Sachen dieser Kategorie stattfindenden Untersuchungsverfahren?

Digitized by Google

1) Auch angenommen, daß die Kläger von den Eigenthümern der obengedachten Gemäldesammlungen[8]) das Recht erlangt hätten, von den in der Klage angegebenen Originalgemälden Lithographien behufs des buchhändlerischen Vertriebes der letzteren nehmen zu lassen, und dieses Recht in so fern ein ausschließliches wäre, als niemanden anderen, und insbesondere nicht dem Beklagten eine gleiche Erlaubniß zur Nachbildung ertheilt worden wäre, so würde dennoch die Klage, wenigstens in so weit als sie auf die Vorschriften des k. sächs. Gesetzes vom 22 Februar 1844 gegründet worden, für ausreichend fundirt nicht zu betrachten seyn.

Das angegebene Gesetz, welches namentlich in so fern als es sich auf Werke der Kunst bezieht, rein positive Grundsätze enthält und daher möglichst streng zu erklären ist, spricht im §. 1 das ausschließliche Recht, literarische Erzeugnisse und Werke der Kunst auf mechanischem Wege zu vervielfältigen, lediglich dem Urheber selbst oder den Rechtsnachfolgern desselben zu.[9]) Nun läßt sich zwar bezweifeln, ob das für jede andere Person, als den Urheber und dessen Rechtsnachfolger, bestehende Verbot der Nachbildung eines Kunstwerkes auch auf den Fall zu beziehen sey, wo der Künstler seine schöpferische Erfindung, wie dieß bei einem Oelgemälde geschieht, bloß in einem einzigen Exemplare zur sinnlichen Darstellung gebracht hat, und eine andere Person welche ihr Recht dazu von demselben nicht ableitet, das Kunstwerk durch ein anderes mechanisches Kunstverfahren z. B. durch Kupferstich, Lithographie, Stahlstich u. s. w. nachbilden läßt. Indessen wenn man dieß auch, insbesondere mit Hinsicht auf die Vorschrift des §. 2 des gedachten Gesetzes[10]) annimmt, so ist

8) Es handelte sich auch von der Abbildung eines Gemäldes aus der Privatgallerie des Herzogs Maximilian in Bayern.

9) „Das Recht, literarische Erzeugnisse und Werke der Kunst auf mechanischem Wege zu vervielfältigen, steht ausschließlich dem Urheber selbst und seinem Rechtsnachfolger zu. . . . . .

Wird eine dergleichen Vervielfältigung durch Unbefugte veranstaltet, so ist sie für Nachdruck oder widerrechtliche Nachbildung zu erachten."

10) „Hiebei kommt (bei Werken der Kunst) nichts darauf an, ob die Nachbildung nicht auf rein mechanischem Wege, sondern mit Hülfe einer

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN
Digitized by Google

doch jedenfalls bloß der Künstler selbst, oder diejenige Person, auf welche dieser sein Recht auf eine zur Uebertragung vermögensrechtlicher Befugnisse überhaupt zulässige Weise transferirt hat, berechtigt, eine solche Nachbildung zu verbieten und den in dem Gesetze vom 22 Februar 1844 gewährten Schutz gegen Verletzung durch andere Personen in Anspruch zu nehmen.

Hiernach würden die Kläger gegen das Unternehmen des Beklagten, diejenigen Originalgemälde, von welchen sie Lithographien haben fertigen lassen, in Stahl zu copiren und die Copien buchhändlerisch zu verbreiten, nur dann mit Erfolg Widerspruch zu erheben berechtigt seyn, wenn sie für sich geltend zu machen vermöchten, daß sie das Recht zur Nachbildung von den Künstlern selbst, oder wenigstens von solchen Personen, welche in das ausschließliche Vervielfältigungsrecht dieser succedirt wären, erworben hätten. In dieser Weise haben aber dieselben ihre Klage nicht begründet. Denn sie haben darauf, daß das Recht der Vervielfältigung von den Urhebern der Kunstwerke, welche sie mittelst eines technischen Verfahrens haben nachbilden lassen, auf sie unmittelbar oder mittelbar übergegangen sey, sich gar nicht bezogen. Nur so viel haben sie behauptet, daß ihnen von den Eigenthümern der Gemäldesammlungen, in welchen die Originalien aufbewahrt werden, die Erlaubniß der Abbildung mittelst Steindruckes gegeben worden sey. Hierauf ist jedoch ein entscheidendes Gewicht offenbar nicht zu legen. Bei Kunstwerken ist nämlich der Anspruch auf den durch Nachbildung des Originals mittelst der dabei möglichen Kunstfertigkeiten zu ziehenden pecuniären Gewinn mit der dem Originale zu Grunde liegenden künstlerischen Idee verbunden. Dieses Recht geht bei Veräußerung des Originals, in so fern dieß nicht etwa ausdrücklich ausgemacht worden ist, was hier von den Klägern nicht einmal behauptet wird, auf den Käufer nicht mit über. Der Besitzer des Kunstwerkes hat daher, so lange als das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Künstlers noch besteht, selbst nicht die Befug-

durch selbständige Kunstfertigkeit hervorgebrachten Nachbildung bewirkt worden ist."

Digitized by Google

niß, das Kunstwerk nachbilden zu lassen, um die Nachbildungen buchhändlerisch zu vertreiben. [11]) Mit dem Hinwegfalle des Rechtes des Künstlers entsteht zwar dieses letztere Befugniß des Besitzers, es ist aber solches kein ausschließliches und durch den Rechtsschutz gegen Beeinträchtigungen anderer Personen gesichertes. Hieraus ergibt sich von selbst, daß die Erlaubniß, welche der Besitzer eines Originalgemäldes zur Nachbildung des letzteren ertheilt, keine Rechte geben kann, welche den Rechtsschutz des Gesetzes vom 22 Februar 1844 genießen, sondern die rechtliche Bedeutung einer solchen Gestattung entweder überhaupt bloß auf das dem Eigenthümer, als solchem, zustehende Widerspruchsrecht gegen die Nachbildung sich bezieht, oder wenigstens kein ausschließliches Verlagsrecht für die Nachbildungen hervorzubringen geeignet ist.

Die Klage ist daher, so weit sie auf die von den Eigenthümern der betreffenden Gemäldegallerie gegebene Erlaubniß der Nachbildung der Originalkunstwerke basirt worden ist, unter diesen Verhältnissen unzweifelhaft für nicht ausreichend substantiirt zu achten. . . . . .

2) Die Kläger haben in der Klage behauptet, daß sie von den dort näher beschriebenen Gemälden Lithographien haben nehmen lassen und solche in einer Sammlung durch den Druck veröffentlicht, herausgegeben und buchhändlerisch vertrieben haben, daß aber der Beklagte von diesen Lithographien in Reduction ausgeführte Copien durch den Druck in einer bedeutenden Anzahl von Exemplaren resp. Stahlstichen vervielfältigt und unter andern in einer Sammlung veröffentlicht und buchhändlerisch vertrieben habe. Gesetzt nun, es wäre dieß bewiesen, so würde daraus immer noch nicht folgen, daß die Kläger für den Vertrieb ihrer Lithographien den Schutz des Gesetzes vom 22 Februar 1844 gegen das Unternehmen des Beklagten in Anspruch zu nehmen berechtigt wären. Bei der Frage, ob Lithographien oder

11) Diese Annahme möchte wohl in Fällen, in welchen das Kunstwerk durch Bestellung veranlaßt und nach der Intention des Bestellers ausgeführt wurde, insbesondere bei Porträts, die Natur der Sache und das stillschweigende Einverständniß der Contrahenten (id quod actum est) gegen sich haben. Vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 49 S. 207.

Digitized by Google

Producte anderer dem Lithographiren ähnlicher Kunstverfahren, als selbständige, des Rechtsschutzes gegen Nachbildungen theilhaftige Kunstwerke zu betrachten seyen, ist zu unterscheiden zwischen solchen Lithographien, welche dazu bestimmt sind, eine selbständige künstlerische Erfindung zur Anschauung zu bringen, und solchen, deren Zweck bloß darin besteht, eine bereits in einem anderen Kunstwerke dargestellte fremde künstlerische Schöpfung wieder zu geben. Erstere sind für Kunstwerke zu betrachten, welchen der Rechtsschutz gegen Nachbildungen zukommt, letztere sind weiter nichts als Nachbildungen, die, so vollkommen sie auch in dem Wiedergeben des Originals seyn mögen, auf diesen Rechtsschutz keinen Anspruch haben, weil eben ihr Werth in das möglichst getreue Nachbilden eines fremden Kunstwerkes zu setzen ist. [12]) Nach dem, was die Kläger in ihrer Klage anführen, gehören die in ihrem Verlage erschienenen Lithographien, als bloße Abbildungen von Oelgemälden, deren Urheber ihnen das Vervielfältigungsrecht nicht übertragen haben, zu der letzteren Classe. Dieselben haben namentlich auf Umstände, welche ihren Producten das Merkmal der Selbständigkeit und Originalität zu geben vermöchten, sich nicht bezogen, sondern bloß den Ruhm der Ge-

12) Durch den hier aufgestellten Satz ist z. B. auch den berühmten Kupferstichen der beiden Müller (Madonna del Sisto, Cäcilie, Johannes u. a.) die Eigenschaft eines Kunstwerkes abgesprochen. Hierin hat wohl der oberste Gerichtshof die allgemeine Meinung von Künstlern und Kunstkennern gegen sich. Ohne Zweifel ist auf die in dieser Sphäre herrschende Ansicht Gewicht zu legen, wenn es sich um eine Rechtsfrage artistischen Betreffs handelt. Wenn der kunstvolle Nachbildner unter Künstlern und Kunstfreunden als „Urheber" von Kunstwerken, als selbständiger Künstler ehrenvolle Anerkennung findet, so muß man wohl Bedenken tragen, die Richtigkeit der Gesetzauslegung zuzugeben, welche nur das Erzeugniß eigener künstlerischer Schöpfung (Composition) als Werk der Kunst, und keinen Nachbildner als Urheber eines Kunstwerkes gelten läßt. Vgl. Bluntschli a. a. O. §. 50: „Wird ein Gemälde durch Kupferstich oder Lithographie nachgebildet, so ist die Copie zwar in gewissem Sinne ein neues Werk, und ihr Urheber hat selbst wieder ein Autorenrecht darauf erworben, aber gegenüber dem Urheber des Gemäldes ist jene dennoch, wenn sie ohne seine Zustimmung geschehen, eine Verletzung des Autorrechts. . . ." — S.

Digitized by Google

schicklichkeit und Kunstfertigkeit im treuen Wiederdarstellen fremder Kunstideen für sich geltend gemacht. Die bloße Kunstfertigkeit ohne Selbständigkeit der Schöpfung bedarf aber einerseits keines Rechtsschutzes, weil bei solchen von Seiten eines anderen, welcher nicht dieselbe Geschicklichkeit besitzt, eine Concurrenz gar nicht möglich ist, verdient aber auch andererseits einen solchen nicht, weil ihr der Werth der künstlerischen Erfindung abgeht.

Es folgt hieraus, daß den Klägern gegen das Unternehmen des Beklagten, dieselben Originalkunstwerke, welche sie, die Kläger, lithographirt haben, in Stahlstichen nachzubilden, um so weniger ein Widerspruchsrecht zusteht, als die Stahlstiche des Beklagten in so fern, als sie eine möglichst getreue Nachbildung der Originalkunstwerke bezwecken, ebenso Kunstwerke sind, als es die Lithographien der Kläger nach dieser Richtung hin sind.

Aus diesen Gründen war das vorige Urtheil lediglich zu bestätigen. Da jedoch die Fragen, von deren Beantwortung die Entscheidung abhieng, zu den unzweifelhaften nicht gehörten, so hielt man die Compensation der in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten für angemessen.

An demselben Tage wurde über eine gleichartige Klage der Cottaischen literarisch-artistischen Anstalt zu München gegen Payne, eine Abbildung aus der Leuchtenbergischen Gallerie betr., ebenso entschieden. Den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir folgende Sätze:

Den Inhalt der Appellationsschrift bildet die Rechtfertigung des Satzes, daß bei der Frage, ob die im Verlage der Kläger erschienene Lithographie des Rechtsschutzes gegen Nachbildungen theilhaftig sey, darauf etwas nicht ankommen könne, ob derselben der Charakter der Originalität zukomme, sondern die gedachte Lithographie schon als solche und ohne daß darauf zu sehen sey, ob die in derselben zur Anschauung gebrachte künstlerische Idee eine neue, oder bloß von einem andern Kunstwerke entlehnte sey, die Eigenschaft eines Kunstwerkes im Sinne des Gesetzes vom 22 Februar 1844 habe.

Hiegegen machen sich nun aber nachstehende Betrachtungen geltend.

Digitized by Google

Das Gesetz vom 22 Februar 1844 führt in §. 1 unter den Gegenständen, welche gegen ein mechanisches Vervielfältigen durch andere Personen, als die Urheber und deren Rechtsnachfolger geschützt werden sollen, auch Werke der Kunst auf, und verfügt in §. 2 noch insbesondere, daß bei diesen darauf etwas nicht ankomme, ob die Nachbildung nicht auf rein mechanischem Wege, sondern mit Hülfe einer durch selbständige Kunstfertigkeit hervorgebrachten Nachbildung bewirkt worden sey. Hieraus ergibt sich daß das Gesetz zwischen Werken der Kunst und Producten eines bloßen Kunstverfahrens einen Unterschied gemacht haben will. Da aber das Unterscheidungsmerkmal nicht angegeben wird, so ist es Aufgabe der Interpretation, dieses Merkmal nach den in dem Gesetze enthaltenen Andeutungen festzustellen. In dieser Hinsicht liegt zuvörderst ohne weiteres auf der Hand, daß bei Construirung des Begriffes eines Kunstwerkes von dem Verfahren, mittelst dessen es zur sinnlichen Darstellung gebracht wird, ganz zu abstrahiren ist. Denn ein Kunstwerk ist die Schöpfung einer freien Thätigkeit eines gebildeten Geistes, besteht ganz abgesehen von der bloßen Kunstfertigkeit, durch die es den Sinnen vorgeführt wird, und hängt weder von der Art, noch von der Vollkommenheit dieser letzteren ab. So läßt sich namentlich eine bildliche Darstellung als ein Kunstwerk denken, welche nur erst in einer Skizze entworfen worden ist, während das in seiner Form vollendete Gemälde auf diesen Namen keinen Anspruch haben kann, wenn der darin dargestellten Idee die schöpferische Erfindung und Originalität abgeht. Betrachtet man dagegen die Producte der bloßen Kunstfertigkeit, z. B. des Malens, Kupferstechens, Steindruckes, Stahlstiches, Holzschnittes u. s. w., so ist deren Werth in die Geschicklichkeit und in den Fleiß des Arbeiters bei deren Herstellung zu setzen. Zwar kann dergleichen Producten der Charakter von Kunstwerken zukommen, es ist aber dieß nur der Fall, wenn die Idee, welche denselben zu Grunde liegt, eine eigenthümliche und neu geschaffene ist. [13]) Das Gesetz, welches zwischen Kunstwerken und bloßen Producten des

13) Vgl. Note 12.

Digitized by Google

Kunstfleißes unterscheidet, und die mechanische Vervielfältigung der ersteren allein verbietet, die der letzteren aber frei gibt, schützt daher bloß die Selbständigkeit der künstlerischen Schöpfung, nicht aber den bloßen Kunstfleiß, auf welchen zwar insofern als es sich um das Eigenthum der dadurch hergestellten Werke handelt, nicht aber in so fern als anderen Personen der Gebrauch ihrer eigenen Geschicklichkeit verboten ist, ein ausschließliches Recht gedacht werden kann.

Wendet man die vorstehend angegebenen Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so erscheint es nicht zweifelhaft, daß die Kläger auf Schutz gegen Nachbildungen ihrer in der Klage bezeichneten Lithographie bloß dann Anspruch haben würden, wenn sie anzuführen vermocht hätten, daß die in ihrer Lithographie zur Anschauung gebrachte künstlerische Idee von ihnen selbst herrührte, oder wenigstens das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers auf sie übergegangen wäre.

Hierauf haben aber dieselben sich nicht zu beziehen vermocht, vielmehr geben sie selbst zu, daß ihr Werk eine bloße Nachahmung eines fremden Kunstwerkes sey, welche ihren Werth in der bloßen Vollkommenheit der darauf verwendeten Kunstfertigkeit hat und daher kein Recht geben kann, andere Personen an der Verwendung ihrer eigenen Geschicklichkeit zu hindern. [14])

---

14) Die Mittheilung der beiden Entscheidungen des OAG. zu Dresden verdanken wir Hrn. Dr. Schellwitz zu Leipzig.

II. Civilproceß.

73.

Civilproceß- oder Disciplinarſache nach Theaterſtatuten.

Der §. 1 der Mannheimer Theaterſtatuten verordnet:

„Kleine Vergehen werden mit Geldabzügen, offenbare Widerſetzlichkeit aber mit Arreſt oder nach Befund der Umſtände mit augenblicklicher Aufhebung des Contracts beſtraft.“

Unter dem 31 Auguſt 1847 hatte das dortige Theatercomité mit dem Schauſpieler Pfeiffer einen Vertrag, einſtweilen für die Dauer eines Jahres (bis zum 26 November 1848) abgeſchloſſen, in welchem dieſem für ſeine Dienſtleiſtungen als Schauſpieler bei dem dortigen Hof- und Nationaltheater ein in Monatsraten zahlbarer jährlicher Gehalt von 1500 fl. nebſt 5 fl. Spielhonorar für den einzelnen Abend, ſowie ein vierwöchentlicher Urlaub zugeſichert wurde. Nach dem §. 2 des Vertrags verſprach Pfeiffer die Befolgung der beſtehenden Theatergeſetze, und im §. 10 war beſtimmt, daß

„für alle aus dieſem Vertrage abzuleitenden civilrechtlichen Anſprüche, Rechte und Verbindlichkeiten im allgemeinen und der Conventionalſtrafe wegen u. ſ. w. das Stadtamt Mannheim als vertragsmäßiger Gerichtsſtand erſter Inſtanz erwählt werde, von welchem die Berufung an die zuſtändigen badiſchen Obergerichte genommen werden könne.“

Durch Beſchluß des Theatercomité's vom 9 Juli 1848

wurde der Vertrag wegen „Widersetzlichkeit" nach obigem §. 1 der Statuten als von diesem Tage an für aufgehoben erklärt. Dieß veranlaßte den Pfeiffer, gegen das Comité bei dem Stadtamte Mannheim auf Vertragserfüllung Klage zu erheben, wobei in der Klagschrift umständliche Angaben über die Veranlassung des Beschlusses vom 9 Juli vorkommen, und dessen Widerrechtlichkeit zu zeigen versucht wurde. Beklagterseits wurde gegen die Klage, unter Verweigerung der Einlassung, die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte vorgeschützt und im wesentlichen mit der Behauptung begründet: der angerufene Vertrag sey von dem beklagten Comité, in seiner Eigenschaft als Dienstbehörde des Klägers, in Anwendung des §. 1 der vertragsmäßig für jedes Theatermitglied verbindlichen Statuten des dahiesigen Theaters für aufgehoben erklärt worden, wornach dem Comité die Befugniß zustehe, offenbare Widersetzlichkeit gegen die Theatergesetze mit Geld, Arrest oder nach Befund der Umstände mit augenblicklicher Aufhebung des Contractes zu bestrafen; gegen diese im Disciplinarwege erlassene Strafverfügung finde nach der Organisation des fraglichen Theaters, als einer unter Staatsaufsicht stehenden öffentlichen Kunstanstalt, der von dem Kläger bis jetzt nicht ergriffene Recurs an die dem Comité vorgesetzte Staatsbehörde, die Großh. Kreisregierung, und in höherer Instanz das Großh. Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten, keineswegs aber eine Beschwerde bei den bürgerlichen Gerichten und insbesondere dem Stadtamte Mannheim statt. Es wurde deßhalb gebeten, die Klage, als vor den Gerichten nicht stattfindend, abzuweisen, welchem Begehren auch das Großh. Hofgericht in zweiter Instanz durch abänderndes Erkenntniß entsprochen hat. Anders wurde in III. Instanz erkannt.

Wenn auch (heißt es in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen) die Behauptungen, welche der vorgeschützten Einrede zu Grunde liegen, ihrem ganzen Umfange nach richtig und erwiesen wären, so würde der beantragte Ausspruch dennoch nicht als gerechtfertigt erscheinen. Die vorliegende Klage ist auf die Thatsache eines zwischen beiden Theilen zu Stande gekommenen Vertrags, sohin auf ein rein privatrechtliches Verhältniß gegründet;

Digitized by Google

sie findet darum vor den bürgerlichen Gerichten unzweifelhaft und namentlich vor dem Stadtamte Mannheim um so gewisser statt, als zugestandenermaßen der klägerische Dienstvertrag im §. 10 sogar eine hierauf gerichtete ausdrückliche Bestimmung (s. oben) enthält. Was in dem Klagvortrage über die Veranlassung und Umstände der klägerischen Dienstentlassung nebenbei angeführt wird, gehört keineswegs zur Begründung der erhobenen Klage, welche durch die Thatsache des zu Stande gekommenen Vertrags und seiner Erfüllung von Seiten des Klägers allein schon als vollkommen begründet sich darstellt; jene weiteren An- und Ausführungen enthalten vielmehr nur eine anticipirte Erwiederung auf die beklagterseits in der Folge wirklich vorgeschützte Einrede der im Disciplinarwege gegen den Kläger erfolgten Aufhebung seines Dienstvertrags, durch welche Anticipation der Vertheidigung die ursprüngliche Natur der an sich begründeten und zur gerichtlichen Beurtheilung geeigneten Klage nicht verändert wurde.

Aber nicht nur bezüglich auf die Klage, sondern auch hinsichtlich der vorgeschützten Einrede der im Disciplinarstrafwege erfolgten Vertragsaufhebung, mit welcher die richterliche Zuständigkeit schlechthin bestritten wird, müßte diese Zuständigkeit selbst unter der Voraussetzung, daß der Richter nicht befugt sey, die materielle Rechtmäßigkeit der erfolgten Vertragsaufhebung seiner Beurtheilung zu unterwerfen, wenigstens in so weit anerkannt werden, als es sich hierbei um die Würdigung und den Beweis der bloßen Thatsache handelt, daß die behauptete Vertragsaufhebung wirklich erfolgt, und von der hierzu competenten Dienstbehörde des Klägers verfügt worden sey. Der vorgetragenen Begründung zufolge ist es demnach nicht sowohl die Einrede der richterlichen Unzuständigkeit, welche unter dieser Bezeichnung gegen die Klage vorgeschützt wurde, als vielmehr die hier als proceßhindernd geltend gemachte zerstörliche Einrede des aufgehobenen Vertrags, wobei die richterliche Zuständigkeit nur in Bezug auf die Berechtigung, die behauptete Vertragsaufhebung rücksichtlich ihrer materiellen Rechtmäßigkeit einer Beurtheilung zu unterwerfen, bestritten werden könnte. Es hätte daher selbst unter der Voraussetzung, daß diese Beschränkung der richterlichen

Digitized by Google

Competenz anerkannt und die vorgeschützte Einrede des aufgehobenen Vertrags sofort als begründet und erwiesen angesehen werden müßte, die Klage nicht, wie durch das hofgerichtliche Urtheil geschah, als vor den Gerichten nicht stattfindend verworfen, sondern in Anbetracht daß die Klage an sich begründet ist und vor den bürgerlichen Gerichten stattfindet, derselben jedoch die Einrede des aufgehobenen Vertrags mit zerstörender Kraft so lange entgegensteht als die von dem Comité ausgesprochene Aufhebung des Vertrags im Recurswege von der zuständigen höheren Behörde nicht etwa beseitigt werden wird, zur Zeit noch abgewiesen werden sollen.

Was aber die für den vorliegenden Streit immerhin entscheidende Frage betrifft, ob eine Beurtheilung der von dem beklagten Comité gegen den Kläger ausgesprochenen Dienstentlassung in ihrer materiellen Rechtmäßigkeit nur der dem Comité vorgesetzten Staatsverwaltungsbehörde im Wege des Recurses zustehe, richterliche Verhandlung und Entscheidung hierüber also nicht zulässig sey, so . . . . . läßt sich nicht verkennen daß, sofern in dem angerufenen §. 1 der Statuten nach der Ansicht des beklagten Comité's eine der Dienstherrschaft eingeräumte Disciplinarstrafgewalt gefunden werden müßte, vermöge welcher sogar die Aufhebung des Vertrags gegen den Willen des Bediensteten ausgesprochen werden dürfte, ohne daß letzterem die Möglichkeit gegeben wäre, über die Rechtmäßigkeit einer solchen Strafe richterliche Entscheidung zu veranlassen, von wirklichen Rechten dieses Contrahenten aus dem Vertrage alsdann nicht mehr die Rede seyn könnte; weil zum Begriffe eines Rechtes wesentlich gehört, daß solches im Falle seiner Nichtanerkennung durch Anrufung der richterlichen Hülfe geltend gemacht werden könne, diese Eigenschaft aber bei der erwähnten Voraussetzung den Rechten des Klägers nicht mehr zukommen würde. Daß aber durch Eingehung des vorliegenden Dienstvertrags wirkliche Rechte für beide Mitcontrahenten erworben, und keineswegs bloß Verbindlichkeiten auf Seiten des Klägers gegenüber von unbeschränkten Rechten der Dienstherrschaft oder ihrer Geschäftsführer und etwa der ihnen vorgesetzten Verwaltungsbehörden begründet worden seyen — dieß

Digitized by Google

folgt schon aus der rechtlichen Natur des abgeschlossenen Vertrages und der ausdrücklichen Bestimmung des angerufenen §. 10, wodurch für die Entscheidung der Streitigkeiten über civilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrage ein bestimmter Gerichtsstand gleichmäßig zum Vortheil beider Contrahenten festgesetzt wurde. Mag daher in der Bestimmung des §. 1 der Statuten mit großherzogl. Hofgerichte die Constituirung einer Art von Disciplinarstrafgewalt über die Mitglieder des Theaters gefunden, oder mit dem Unterrichter den dort erwähnten Strafen die Eigenschaft von bloßen Conventionalstrafen beigelegt werden, so muß in dem einen und andern Falle mit Rücksicht auf die privatrechtliche Natur des vorliegenden Vertrags und die ausdrückliche Bestimmung des §. 10 angenommen werden, daß überall da, wo die Anordnung der eingeräumten Strafgewalt die civilrechtlichen Ansprüche des Mitcontrahenten aus dem Vertrage berührt, und namentlich dann, wenn der Vertrag selbst auf diesem Wege aufgehoben und damit jedes Recht aus demselben vernichtet worden ist, die Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Strafe in ihren privatrechtlichen Folgen der richterlichen Beurtheilung unterliege. Der §. 1 der Statuten hat, in so fern hiernach offenbare Widersetzlichkeit gegen die Theatergesetze unter Umständen mit sofortiger Aufhebung des Vertrags bestraft werden kann, wenn auch diese Vertragsauflösung als eine Strafe bezeichnet wird, bezüglich auf die vertragsmäßigen Rechte des betheiligten Theatermitgliedes- lediglich die Bedeutung und Wirksamkeit des bei Verträgen zulässigen commissorischen Vorbehaltes oder derjenigen ausdrücklichen Vertragsbedingung, vermöge welcher in dem Falle, wo ein Contrahent seine vertragsmäßige Verbindlichkeit nicht erfüllt, der Gegencontrahent zwar berechtigt ist, den Vertrag sofort für aufgelöst anzusehen; sobald jedoch darüber, ob die Bedingung dieser Auflösung wirklich eingetreten oder im Vertrage festgesetzt worden sey, Streit entsteht, unzweifelhaft dem richterlichen Urtheil sich nicht entziehen kann.

Dem Kläger muß demnach auch hier, nachdem auf den Grund des angeführten §. 1 sein Dienstvertrag durch das Comité, welches diesen Vertrag Namens des Theaters mit ihm abgeschlossen hatte, einseitig für aufgehoben erklärt worden ist, die

Digitized by Google

Befugniß zugestanden werden, über die von ihm widersprochene Behauptung, daß er sich durch sein Benehmen einer offenbaren Widersetzlichkeit gegen die Theatergesetze im Sinne des angerufenen Artikels schuldig gemacht habe, welche das Comité zur Vertragsaufhebung berechtige, richterliche Verhandlung und Entscheidung zu veranlassen.

Steht ihm aber dieses Recht überhaupt zu, so kann der sofortigen Geltendmachung desselben auch nicht der Umstand entgegengehalten werden, daß es dem Kläger möglich gewesen wäre, durch Ausführung des Recurses an die höhere Verwaltungsbehörde die beschwerende Verfügung des Comité's zu beseitigen. Denn da weder ein Gesetz noch eine besondere Vertragsbestimmung besteht, wodurch Kläger in der Geltendmachung seiner Vertragsrechte in der Weise beschränkt wurde, daß er vor Antretung des Rechtsweges zuerst jenen der Beschwerdeführung bei der höheren Administrativbehörde zu versuchen hätte, so kann ihm der Versuch dieses letzten Weges in keiner Weise zur Pflicht gemacht werden.

Aus vorstehenden Gründen, wornach Kläger durch das abändernde Erkenntniß als beschwert erscheint, mußte auf die anher ergriffene Oberappellation jenes Erkenntniß aufgehoben und das amtliche (die gerichtsablehnende Einrede verwerfende) Urtheil wieder hergestellt werden.

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim. Jahrbücher N. F. IX. (1849 — 50) S. 567 f.

Bei dieser Entscheidung verblieb es aber nicht. Auf den nach Erlassung derselben bei der obersten Staatsbehörde erhobenen Competenzconflict entschied diese für die Unzuständigkeit der Gerichte. Zur Motivirung dieses Ausspruchs wurde in der Entschließung des großherzogl. Staatsministeriums unter anderem bemerkt: der §. 1 der Theaterstatuten beruht auf der Voraussetzung, daß dem Vorstande des Theaters eine Disciplinarstrafgewalt gegen die Schauspieler zustehe, und es sollten die einzelnen Befugnisse dieser Gewalt durch die Theatergesetze näher bestimmt werden. Es ergibt sich dieses schon daraus, daß unter anderem auch die Erkennung einer Gefängnißstrafe unter jenen Befugnissen

Digitized by Google

aufgezählt ist, und eine solche Strafe nicht Gegenstand eines Vertragsgedings seyn kann. Ebenso wenig kann es die Absicht gewesen seyn, wegen der einzelnen Geldstrafen und Abzüge sich jeweils vor Gericht in einen Rechtsstreit mit den Schauspielern einzulassen, und da das Recht, nach Umständen sogleich den Vertrag für aufgehoben zu erklären, mit jenen Befugnissen und als höchster Grad derselben in eine Reihe gestellt ist, so läßt sich darin um so weniger eine vertragsmäßige commissorische Clausel erkennen, als die Auflösung eines solchen Vertrages wegen vertragswidriger Handlungen ohnedieß schon in den Gesetzen als ein klagbares Recht anerkannt ist, und keines besonderen Gedinges bedarf. . . . . .

Jahrbücher a. a. O. S. 578.

74.

Competenzdifferenzen zwischen Gerichten und Polizeibehörden.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung kommt hierüber vor:

1) Ist der Richter der Ueberzeugung, daß die von dem Polizeiverwaltungsbeamten erlassene, den bisherigen Besitzstand abändernde Verfügung nicht über einen zu dessen Geschäftskreis gehörenden Gegenstand erlassen sey, daß der Polizeibeamte durch diesen Erlaß die Gränzen seiner Befugnisse überschritten, in Privatrechte eingegriffen habe: so ist der Richter nicht berechtigt, unbekümmert um die in der Mitte liegende Verfügung, auf Wiederherstellung des früheren Besitzes zu erkennen, er muß vielmehr für den Fall, daß die Polizeibehörde auf erfolgte Communication ihre in das richterliche Ressort eingreifende, rein privatrechtliche Verhältnisse ordnende Verfügung nicht zurücknimmt, Competenzconflict erheben, damit durch die organisch hierzu berufenen Behörden entschieden wird, ob der Richter die im Civilproceß angerufene polizeiliche Verfügung zu beachten habe oder nicht.

2) Ist der Richter der Ansicht, daß die erlassene, den Besitzstand abändernde Verfügung der Polizeibehörde competirt habe, so

Digitized by Google

muß er diese Verfügung als bindend anerkennen. Es steht dem in seinem Rechte vermeintlich gekränkten Privaten dann nur zu, entweder Recurs an die der Polizeibehörde vorgesetzte höchste Stelle zu ergreifen, oder im Wege der Entschädigungsklage Ersatz für seine im Interesse des öffentlichen Wohls verletzten Privatrechte zu verlangen.

Urtheil des OAG. zu Darmstadt vom 25 October 1844 in S. des Gutsbesitzers Keibel zu Lieberbach gegen die Gemeinde Lieberbach. (Lgsdff.)

75.

Gerichtsstand der geführten Verwaltung.

(Genauere Mittheilung des in Bd. 7 Nr. 101 nach einer handschriftlichen Einsendung benützten Ausspruchs.)

Der gewesene Vormund kann wegen Verbindlichkeiten aus seiner Verwaltung nicht bei dem obervormundschaftlichen Gerichte, sondern bei dem Gerichte in dessen Bezirke er die Verwaltung geführt hat, belangt werden.

Obergerichtserkenntniß, bestätigt durch Erk. des OAG. zu Cassel vom 18 Juni 1853. Heuser, Annalen. Jahrgang II S. 435.

76.

Gerichtszuständigkeit. Intervention im Executionsverfahren. Cognitionsbefugniß des requirirten Gerichts.

Vgl. Bd. 8, Nr. 88.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

Eine Zwischenklage gehört stets vor dasselbe Gericht, bei welchem der Hauptproceß, nämlich das Verfahren, worauf sich jene bezieht, und wodurch sie veranlaßt wird, anhängig ist.

Da im vorliegenden Falle das Landgericht zu Cassel in dem bei ihm in der Executions-Instanz anhängigen Rechtsstreite das

Digitized by Google

Stadtgericht daselbst nicht um Vornahme der Execution im allgemeinen, sondern nur um die Pfändung und den Verkauf von bestimmten im Gewahrsam der Verklagten befindlichen Gegenständen ersucht hat, so konnte mithin eine Intervention wegen zustehenden Eigenthums an der in Folge der Requisition bei dem Verklagten gepfändeten Sachen bei dem erwähnten Stadtgerichte nicht angebracht werden. Da hiernach der fragliche Proceß bei dem requirirenden Gerichte in der Executions-Instanz noch anhängig ist, so kam dem requirirten Stadtgerichte nur zu, über die durch die Ausführung der Requisition bei ihm entstehenden Streitigkeiten zu entscheiden, nicht aber wurde ihm die Befugniß übertragen, über solche Einwendungen zu erkennen, die den Rechtsbestand der Requisition selbst betreffen, und die, insofern sie gegründet, das gestellte Ersuchen selbst zu beseitigen im Stande wären, wodurch der requirirte Richter unstatthafter Weise im Erkenntnisse über die Zulässigkeit der von dem requirirenden Gerichte verfügten Maßregel urtheilen würde. Wenn auch betreffs der Execution in Immobilien wegen der in Hessen geltenden Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der belegenen Sache, und da hiebei das requirirte Gericht vermöge der ihm zustehenden eigenen Gerichtsbarkeit handelt, eine Ausnahme von den Grundsätzen eintritt, so ist doch im vorliegenden Falle, wo die Requisition bewegliche Sachen zum Gegenstande hat, von dieser Ausnahme keine Rede.

Erk. des OAG. zu Cassel von 1842 (8026). Heuser, Annalen. Jahrgang II S. 315 f.

77.

Prorogatio fori im Executionsverfahren.

In den Motiven eines OAGE. kommt vor:

Das Justizamt hat zwar, indem es Verhandlungen über eine im Executionsverfahren vom imploratischen Theile vorgebrachte Zahlungseinrede zuließ und darüber erkannte, den ihm vom Obergericht (nur allein auf Beitreibung gerichteten) er-

Digitized by Google

theilten Auftrag überschritten. Querulant hat sich aber in diese Verhandlungen ohne Protestation eingelassen, und solchergestalt hat eine die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Incompetenz ausschließende Prorogation des Gerichtsstandes stattgefunden.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 26 Nov. 1842 (7568). Heuser, Annalen. Jahrgang. II. S. 314.

78.

Befugniß des *pubes* zur selbständigen Rechtsverfolgung in Matrimonialsachen.

Das canonische Recht in den Decretalen Gregors IX. [1]) und Bonifacius VIII. [2]) verstattet dem pubes in geistlichen und den davon abhängigen Sachen, namentlich in Matrimonialsachen, selbständig und ohne Beitritt eines Curators vor Gericht als Kläger und Beklagter aufzutreten. Diese Vorschrift enthält eine specielle Ausnahme von der durch das römische Recht aufgestellten allgemeinen Regel, nach welcher der pubes nur unter Beistand eines Curators im Processe auftreten kann, und ist nach dem Grundsatze, daß ein späteres generelles Gesetz einem früheren speciellen nicht derogirt, durch die Reichsgesetzgebung nicht aufgehoben, vielmehr sind die Vorschriften des canonischen Rechts bezüglich der Rechtsverfolgung in den erwähnten Sachen, sofern nicht particulares Recht ein anderes bestimmt, noch gegenwärtig für anwendbar zu halten.

Erk. des OAG. zu Celle i. S. der Vormünder der M. E. Möllenbrink zu Schwagstorf wider J. H. Meyer daselbst wegen Ehelichung. 1848. (Erk.)

1) Cap. 14 de restit. spoliat. (2, 13).
2) Cap. 3 de judiciis in VIto (2, 1).

79.

Wirkung der *clausula heredum*.

Der Kläger verstarb während des Laufes des Processes. Sein Anwalt war der Ansicht, daß er wegen der in seiner Proceßvollmacht enthaltenen clausula heredum den Proceß fortsetzen könne, ohne daß er nöthig habe, zuvor dem Verlangen des Beklagten wegen Benennung der den Proceß fortsetzenden Erben und wegen deren vorerstiger Legitimation zur Sache nachzukommen.

Von der Gegenseite wurde bemerkt: Bei den Römern habe der Grundsatz bestanden, daß, falls durch die Litiscontestation das Streitverhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten festgestellt war, die ursprünglichen Parteien den Rechtsstreit unverändert durchführen sollten — eine Bestimmung, welche auch selbst in der Regel im Fall des Todes einer Partei keine Beschränkung erlitten, da die Erben vermöge ihrer Repräsentation des Erblassers den Rechtsstreit unverändert fortsetzten. Anders verhalte sich dagegen die Sache nach deutschem Proceßrechte, indem hiernach die Erben einer Partei erklären müssen, ob sie den Streit in seiner dermaligen Lage aufnehmen (reassumiren) wollen. Von dieser Verpflichtung sollen die Erben nach §. 99 des J. R. A. zwar dann entbunden seyn, wenn der Erblasser einen Procurator hinterläßt, und eine auf diesen lautende, mit der clausula heredum versehene Vollmacht bei den Acten liegt, allein diese Bestimmung sey nur die Folge des in dem Reichskammerprocesse noch nicht ganz verschwunden gewesenen dominii litis.

cf. Danz, Reichskammergerichtsproceß §. 209 und ff.

In unserem heutigen Proceßrechte sey auch nicht die geringste Spur von einem dominio litis mehr sichtbar. Der cum clausula heredum versehene Procurator sey deßhalb nicht nur verpflichtet die Namen der den Proceß fortsetzenden Erben zu nennen, sondern diese müßten auch den Beweis ihrer Erbqualität, falls solche bestritten wird, vor allen Dingen führen. [1])

1) Bezugnahme auf Bayers Vorträge über den Civilproceß (8te Auflage)

Digitized by Google

In Beurtheilung dieses Rechtsfalles stellte der oberste Gerichtshof (seiner früheren Praxis folgend) den Satz auf:

> Der clausula heredum in der Proceßvollmacht ungeachtet, kann der Proceßgegner verlangen, daß ihm nicht nur die den Proceß fortsetzenden Erben namhaft gemacht werden, sondern auch, daß diese sich gehörig zur Sache legitimiren. Ehe dieses geschehen, braucht er die Fortsetzung des Processes nicht zu gestatten.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 21 September 1854 i. S. Hoff gegen Lippert. (Lgsdff.)

80.

Voraussetzungen der Einrede der Litispendenz.

Daraus, daß das Judicat über eine quaestio unter den Streittheilen für sie die exceptio rei judicatae begründet, wo sie wieder in Frage kommt und zur richterlichen Cognition gebracht werden soll, läßt sich nicht folgern, daß die Partei, wenn sie einen Rechtsstreit begonnen, worin eine quaestio zur Entscheidung gestellt ist, nun deßhalb nicht wegen einer andern factischen Veranlassung und wegen eines andern Gegenstandes Klage erheben könne, weil hier ebenfalls dieselbe quaestio über ein Rechtsverhältniß zur Entscheidung gestellt werde; daß z. B. nicht wegen einer weiteren Forderung an den Verklagten als Erben von einem Kläger geklagt werden könne, weil er bereits früher wegen einer Forderung Klage erhoben, welcher die Erbenqualität des Verklagten mit zum Grunde gelegt worden sey. Vielmehr kann Rechtshängigkeit nur unter Voraussetzung der Identität des Objects begründet seyn, und ausnahmsweise tritt sie selbst bei deren Vorhandenseyn nicht entgegen, wenn der Verklagte eine Forderung zur Compensation bringt, wegen deren er schon früher Klage erhoben hat.

Nach dieser Rechtsansicht wurde von dem OAG. zu Cassel

vom Jahre 1853. Erste Lieferung Seite 67 am Ende u. ff.); Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. Berlin 1827. S. 78—137.

Digitized by Google

am 6 Dec. 1845 in S. Stadt Marburg w. Rossi (8824) erkannt; vgl. Bescheid desselben Gerichtshofs von 1832 in S. Eschwege v. Werner (5558).

Heuser, Annalen. Jahrg. II. S. 42 f.

81.

Nichtberücksichtigung einer bewilligten Frist. Voraussetzung, unter welcher die Gegenpartei darauf antragen kann.

In einem Rechtsstreite war dem Beklagten zur Vornahme verschiedener Handlungen mittelst Decrets vom 29 Juni 1852 wiederholt eine Frist bewilligt worden. An demselben Tage kam der Kläger mit einem Contumacialantrage, und dann am 3 Juli 1852 mit einer Remonstration wider die erfolgte Fristertheilung ein, während der Beklagte seinerseits bereits am 7 desselben Monats, längere Zeit vor Ablauf der ihm bewilligten Frist, die ihm obliegenden Handlungen vornahm. Dessen ungeachtet nahm das Proceßgericht, den klägerischen Anträgen entsprechend, unter Nichtberücksichtigung der mittelst Decrets vom 29 Juni ertheilten Frist eine contumacia des Beklagten an, worauf dessen vollständige Verurtheilung gegründet wurde. In zweiter und höchster Instanz ward indessen auf Anrufen des Beklagten diese Verfügung zurückgenommen und Beklagter mit den fraglichen Handlungen zugelassen, und zwar aus folgenden Gründen:

„Es kann sich hier nur fragen, ob der Richter befugt gewesen sey, auf Anrufen des Klägers die gewährte Frist, namentlich auch hinsichtlich ihres hier nur in Betracht kommenden ersten Abschnitts von 9 Tagen, um deßwillen zurückzunehmen oder sich über deren stattgehabte Bewilligung hinauszusetzen, weil er bei abermaliger Prüfung des angebrachten Fristgesuchs eine der früheren, durch dessen Gewährung ausgesprochenen, entgegengesetzte Ueberzeugung von der Nothwendigkeit desselben gewonnen hat; — ob der Richter demgemäß befugt gewesen, die unter Benutzung jener richterlichen Erlaubniß erst am 7 Juli 1852 eingebrachte Handlung als rechtlich nicht

vorhanden, und den, äußerlich den richterlichen Fristbestimmungen gehorsamen, Beklagten als ungehorsam zu behandeln?

Diese Frage muß aber verneint werden, weil die Abmessung und Erweiterung der richterlichen Fristen wesentlich in arbitrio des Richters beruht, und daraus folgt, daß eine einmal verwilligte Frist nur re adhuc integra ex arbitrio judicis gekürzt werden kann.

Daneben kann ein der Gegenpartei ausnahmsweise zuständiges Recht auf Nichtbeachtung jener stattgehabten Fristverwilligung nur auf eine ihr solches besonders beilegende gesetzliche Bestimmung, oder darauf gebaut werden, daß die stattgehabte Befristung eine das richterliche arbitrium ausschließende gesetzliche Norm verletzt."

Erk. des OAG. zu Celle vom 6 Sept. 1853 in S. Havemann w. Havemann wegen Forderung von 1500 Rthlr. Gold.
(Hdf.)

82.

Ueber den Einfluß eines verurtheilenden Straferkenntnisses auf den Civilpunkt. Auslegung des Art. 198 der C. C. C.

Vgl. Bd. 8 Nr. 96, 97, 300; Bd. 9 Nr. 83.

In nachstehendem Rechtsfalle wurde obige Streitfrage mit Rücksicht auf deren Erörterung in der neuesten Literatur einer nochmaligen Prüfung bei dem OAG. zu Darmstadt unterzogen.

A. war durch Urtheil des Assisenhofes zu G. v. 7 Sept. 1852 wegen beendigten Versuches der Ermordung der B. (seiner angeblich von ihm geschwängerten Dienstmagd), sowie wegen entfernten Versuches der Abtreibung der Leibesfrucht bei der B. (sowie bei der C.) in eine Zuchthausstrafe von sechzehn Jahren und 6 Monaten verurtheilt worden.

Während er dieselbe verbüßte, erhob die B. gegen ihn eine Klage auf Entschädigung und Schmerzengelder im Betrage von 323 fl. 23 kr., wobei sie sich auf die betreffenden Untersuchungs-

Digitized by Google

Acten und deren Ergebniß, nämlich auf die rechtskräftige Feststellung der Thatsache bezog, daß der Beklagte sie im Frühjahr 1852 an Kopf und Hals verwundet habe. Der Beklagte bestritt, daß aus dem Strafurtheile diese Thatsache als feststehend für den Civilrichter anzunehmen sey, besonders da sich dasselbe auf den Wahrspruch von Geschworenen stütze, welche ihn nur nach moralischer Ueberzeugung, ohne daß er das Begehen jener Handlung eingestanden habe, oder er dessen direct habe überwiesen werden können, für schuldig erklärt hätten. Hiernächst stellte er in Abrede, daß er die Klägerin in der behaupteten Weise verletzt habe.

In den beiden vordern Instanzen wurde angenommen, daß der Civilrichter die einmal durch den in dieser Beziehung allein competenten Strafrichter festgestellte Thatsache nicht weiter zu untersuchen habe, wobei man durch folgende Motive geleitet wurde: Die Zuschiebung des Eides über ein so schweres Verbrechen sey auch im Civilprocesse durchaus unstatthaft, ebenso wenig könnte etwa dem Beklagten demnächst der Reinigungseid auferlegt werden. Auch die etwaige Auflegung des Erfüllungseides, wozu es vielleicht nach dem vorliegenden Beweismateriale kommen könnte, müßte als unzulässig erscheinen, weil die Klägerin bereits ihre Angaben öffentlich beschworen habe. Es beruhe daher auf einer Täuschung, wenn man annehme, daß im Civilprocesse weitere Beweismittel wie im Strafprocesse, namentlich der Eid, gebraucht werden könnten, in Fällen wo die zu beschwörende Thatsache ein schweres Verbrechen bilde. Die Gesetzgebung habe auch speciell das obige Princip, daß der Civilrichter an das verurtheilende Erkenntniß des Strafrichters gebunden sey, für das Großherzogthum Hessen dadurch anerkannt, daß im Gesetze vom 6 Juni 1853 die Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr und die Vergütung der Brandschäden betr., bestimmt sey, daß, wenn der Brandbeschädigte das Entstehen des Feuers vorsätzlich, oder den bei dem Feuerlöschen entstandenen Schaden in gewinnsüchtiger oder anderer böser Absicht verursacht habe, und einer solchen widerrechtlichen Handlung durch strafrechtliches Urtheil für schuldig erkannt worden sey, diese Entscheidung sofort

Digitized by Google

auch den Verlust des Entschädigungsanspruches an die Brandassecurationscasse bewirke. Nach den landständischen Verhandlungen über dieses Gesetz sey es unzweifelhaft, daß man von obigem Principe hierbei ausgegangen sey, und man könne wohl nicht annehmen, daß hier nur für die Brandstifter ein privilegium odiosum habe geschaffen werden sollen.

In der dritten Instanz gieng man jedoch von der entgegenstehenden Ansicht aus, obgleich anerkannt wurde, daß es allerdings sehr zweckmäßig seyn würde, wenn man wenigstens den Erkenntnissen der Assisenhöfe und Provincial-Strafgerichte (bei welchen letzteren nach öffentlicher Verhandlung gelehrte Richter ohne Zuziehung von Geschworenen auch über die Thatfrage entscheiden) eine auch für den Civilrichter bindende Kraft auf dem Wege der Gesetzgebung zuschreiben sollte, wie dieß theilweise bei den Brandschäden bereits geschehen sey. Es sey aber nicht des Richters, sondern des Gesetzgebers Sache, dem durch die entgegenstehende Ansicht leicht herbeizuführenden Uebelstande bei Anwendung der bestehenden Gesetze durch eine neue Gesetzgebung abzuhelfen.

Wenn sich namentlich

Zimmermann in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. XI. S. 55 fg. [1])

zur Vertheidigung seiner Ansicht, daß der Civilrichter an die Entscheidung des Criminalrichters gebunden sey, auf Art. 198 der C. C. C. berufe, so lasse sich daraus nur entnehmen, daß der Criminalrichter, auch ohne sonstige Befugniß, in Civilsachen Recht zu sprechen, befugt sey, über jeden Entschädigungsanspruch des durch das Verbrechen Beschädigten auf dessen Antrag zu erkennen. Der Gesetzgeber habe hiebei wohl gewiß unterstellt, daß über den Criminal- und über den Civilpunkt keine verschiedenen Erkenntnisse erfolgen könnten, mithin der zur Verurtheilung eines Angeschuldigten in eine Strafe erforderliche Beweis auch zur

1) Dessen weiterer Beitrag über obige Frage a. a. O. XII. Nr. 8 war damals noch nicht veröffentlicht. — Vgl. jetzt auch Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern 1855 Nr. 8 u. 9.

Digitized by Google

Verurtheilung desselben zum Schadensersatze genüge, daß demnach auch der Civilrichter, wenn die Verurtheilung eines Angeschuldigten zum Schadensersatze in dem Criminalurtheile übergangen seyn sollte, den Beweis, daß der Angeschuldigte das ihm zur Last gelegte Verbrechen begangen habe, durch das Strafurtheil für dargethan annehmen müsse. Man müsse indessen hierbei bedenken, daß zur Zeit der C. C. C. gleiche Beweisregeln für das Civilrecht, wie für das Criminalrecht gegolten hätten, und eine Ueberführung des Angeschuldigten nur durch eigenes Bekennen oder die Aussagen zweier oder dreier vollkommen glaubwürdiger Zeugen habe erfolgen können. Möge daher auch wohl diese Gleichheit des Ueberführungsbeweises in Criminal- und Civilsachen den Gesetzgeber wenigstens mit veranlaßt haben, in einer solchen Allgemeinheit sich auszudrücken, so sey doch nicht die Vorschrift darin enthalten, daß derselbe Beweis, der den Richter eine Strafe zu erkennen ermächtige, auch dem Civilrichter zur Annahme einer Entschädigungs-Verbindlichkeit genügen müsse, und in Ermangelung dieser ausdrücklichen Vorschrift müsse daher der genannte, aus der früheren Gleichheit des Beweises abgeleitete Rechtssatz: daß nämlich die in einem Strafurtheile ausgesprochene Ueberführung eines Angeschuldigten auch ohne weiteres diesen verpflichte, dem durch sein Verbrechen oder Vergehen Beschädigten den hierdurch erlittenen Schaden zu ersetzen, mit Aufhebung dieser Gleichheit des Beweises von selbst schwinden. Dieß sey indessen schon seit der Zeit geschehen, als man zur Ueberführung eines Angeschuldigten Anzeigenbeweis allein, oder in Verbindung mit unvollständigem natürlichem Beweise, zugelassen habe. Noch mehr sey dieß aber der Fall, wenn Geschworene oder Richter der Provincialstrafgerichtshöfe, die an keine Beweistheorie gebunden seyen, das „Schuldig" ausgesprochen hätten.

Hiernach wurde der Klägerin der Beweis auferlegt: daß der Beklagte sie im Frühjahre 1852 an Hals und Kopf verwundet habe.

Urtheil des OAG. Darmstadt vom 25 Jan. 1855 Lit. P. Conv. 10 Nr. jud. 141. (Z.)

83.

Wirkung der Strafgerichts-Entscheidung auf den späteren Civilproceß.

Vgl. die vorige Nr.

Karl Emmel zu S. war durch criminalgerichtliches Erkenntniß vom 17 Sept. 1852 der culposen Tödtung des Michael Emmel schuldig erkannt und deßhalb zu einer viermonatlichen Gefängnißstrafe verurtheilt worden, welches Urtheil zu seinem Vollzuge gelangte. Nun erhob die Wittwe des Getödteten, für sich und als Vormünderin ihres Kindes, Klage gegen den K. Emmel, bittend: den Verklagten schuldig zu erkennen, die Kläger in Ansehung des Verdienstes des Getödteten für die Zeit vom 6 Juni 1852 bis 4 Januar 1899 (wo derselbe sein 70stes Lebensjahr zurückgelegt haben würde) nach Maßgabe der demnächstigen Liquidation zu entschädigen.

In Beurtheilung dieser Rechtssache äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter anderm:

Dem vorgelegten criminalrichterlichen Urtheil, durch welches der Appellant der durch seine Fahrlässigkeit herbeigeführten Tödtung des appellatischen Hausvaters schuldig erkannt worden, ist (vom Obergericht) mit Recht nicht die Bedeutung eines bloßen Beweismittels, sondern vielmehr einer, das gedachte thatsächliche Verhältniß selbst feststellenden, auch für die spätere Beurtheilung des Civilrichters mit Ausschluß abermaliger Erörterungen von letzterem bindenden richterlichen Entscheidung beigelegt worden. Dieser Annahme kann insbesondere der durch die Bestimmungen des (kurhessischen) Strafproceßgesetzes vom 31. Octbr. 1848 veränderte Charakter des dermaligen strafgerichtlichen Verfahrens um so weniger entgegenstehen, als durch die in §. 125 daselbst lediglich für das freisprechende Urtheil ertheilte abweichende Vorschrift der Fortbestand jener Regel für die thatsächlichen Feststellungen eines verurtheilenden Erkenntnisses vielmehr Bestätigung erhalten hat [1]).

1) Bezugnahme auf Strippelmann, Sammlung I, 177; III, 2 S. 229, 233; Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, II S. 187 bis

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Cassel v. 30 October 1854. Heuser, Annalen. Jahrgang II S. 426 f.

Nachschrift.

Der Pariser Cassationshof hat sich über obige Streitfrage, überhaupt und hinsichtlich freisprechender Strafgerichts-Entscheidungen durch Urtheil vom 7 März 1855, in nachstehender Weise ausgesprochen [2]).

Im August 1849 hatte der Briefcourier von Avignon nach Marseille so heftig an ein ihm entgegenkommendes Cabriolet angestoßen, daß dasselbe umstürzte und der darin befindliche Eigenthümer Hubert gefährlich verwundet wurde. Die Staatsbehörde allein (ohne Beitritt des Beschädigten als Civilpartei) verfolgte deßhalb den Conducteur Ou. wegen fahrlässiger Körperverletzung. Derselbe wurde jedoch von dem Zuchtpolizeigerichte der zweiten Instanz freigesprochen, weil es nicht festgestellt vorliege, daß er durch Unvorsichtigkeit, Versehen, Nachlässigkeit oder Versäumniß seiner Dienstvorschriften unabsichtlich dem Beschädigten H. die schweren Wunden beigebracht habe, weil vielmehr alle Erhebungen im Gegentheile darlegten, daß Ou. alle Vorsichtsmaßregeln beobachtet habe, welche den Briefcourieren zur Nachtzeit zur Pflicht gemacht sind, und daß er seinen Wagen gehörig beleuchtet hatte, so daß H. den Unfall leicht hätte vermeiden können, wenn er selbst sein Cabriolet weniger rasch gefahren und gewisse Vorkehrungen getroffen hätte, welche die einfachste Vorsicht anempfiehlt, — „daß man daher dem Beschuldigten Ou. die Verantwortlichkeit für einen Vorfall nicht aufbürden könne, welchem derselbe völlig fremd sey."

Im Nov. 1850 erhob H. Civilklage auf Entschädigung gegen den Ou. Der Beklagte setzte die Einrede der Rechtskraft entgegen, sich auf seine strafgerichtliche Freisprechung stützend. Allein

193; Pfeiffer, prakt. Ausf. III, 434, 532, 611; V S. 261, 424; Zimmermann in der Gießener Zeitschrift XI, 1 Nr. 2 (s. auch ebd. XII Nr. 8); Kersting Strafrecht, S. 398; OAG.-E. in S. Hohmann g. Gem. Hilgershausen 1833 (3940); *Kind*, quaest. for. II, 396.

2) Gazette des Tribunaux v. 22 März 1855.

beide Instanzen, das Bezirksgericht in Avignon und der Appellationshof in Nimes verwarfen jene Einrede, und ließen den Kläger zum Beweise seiner Behauptungen zu, weil derselbe in dem Strafprocesse als Civilpartei keinen Antheil genommen, für ihn daher die Entschädigungsfrage noch res integra sey. Der Beklagte ergriff hiegegen den Cassationsrecurs, welcher auch ein vernichtendes Erkenntniß zur Folge hatte. Die Erwägungen nehmen vorerst auf Artikel 3 der Strafproceßordnung [3]) und Art. 1350 und 1352 des bürgerlichen Gesetzbuchs [4]) Bezug, und führen auf dieser Grundlage [5]) aus:

Die Bestimmung der Strafproceßordnung, welche die Civilklage vor den Civilgerichten in so lange stille stellt, als die öffentliche Anklage nicht erledigt ist, hat hierdurch der öffentlichen Anklage von selbst einen wesentlich präjudiciellen Charakter verliehen. Folglich besteht das auf diese Anklage, selbst ohne Beiseyn der Civilpartei erfolgte Urtheil nothwendigerweise für und wider alle Betheiligten in Rechtskraft, in so weit es die Handlung, welche die gemeinschaftliche Grundlage beider Klagen bildet, oder die Theilnahme des Beschuldigten an derselben mit klaren Worten bestätiget oder verläugnet. In der That vertritt die Staatsbehörde, welche im allgemeinen Interesse der Gesellschaft handelt,

3) „Die Civilklage kann mit der öffentlichen Klage zu gleicher Zeit und vor denselben Richtern betrieben werden. — Sie kann auch besonders betrieben werden; in diesem Falle ruht sie so lange, bis über die vor oder während der Betreibung der Civilklage angestellte öffentliche Klage definitiv erkannt ist."

4) Art. 1350: „Eine gesetzliche Vermuthung ist diejenige, welche durch ein besonderes Gesetz mit gewissen Handlungen oder Thatsachen verbunden wird; dergleichen sind ..... 3) die Wirkung (autorité), welche das Gesetz einer rechtskräftigen Entscheidung beilegt ....."

Art. 1352: „Eine gesetzliche Vermuthung befreit den, zu dessen Vortheile sie eintritt, von allem Beweise. — Wider eine gesetzliche Vermuthung wird kein Beweis zugelassen, wenn das Gesetz auf Grund dieser Vermuthung gewisse Handlungen vernichtet, oder eine gerichtliche Klage versagt, es sey denn daß das Gesetz den Gegenbeweis vorbehalten hat, vorbehaltlich dessen, was über den Eid und das gerichtliche Geständniß bestimmt werden wird."

5) Diese Grundlage enthält keine wesentliche Abweichung von dem, was sich hierüber bei uns als gemeines Recht aufstellen läßt.

Digitized by Google

unter diesem Titel auch die verletzte Partei, wenngleich nicht in Ansehung des Schadensersatzes oder der Zurückgabe, welche den Gegenstand der Civilklage bilden, dennoch im Punkte der Erforschung und Feststellung der Handlung, welche den beiden Klagen ihren gemeinsamen Ursprung verleiht. Wenn die Strafrechtspflege sich einmal ausgesprochen hat, kann es den Civilgerichten nicht mehr zustehen, das Ansehen der unumstößlich (souverainement) erfolgten Erklärungen zu verkennen oder keine Rücksicht darauf zu nehmen. Die gesellschaftliche Ordnung müßte unter einem Zwiespalt leiden, welcher zur bloßen Förderung eines Privatinteresses zum Ergebniß haben würde, den Glauben, den man den Rechtssprüchen der Strafrechtspflege schuldig ist, oder die Verantwortlichkeit des Beschuldigten nochmals in Frage zu stellen, von dem dieselbe bereits erklärt hatte, daß er die angeschuldigte That nicht begangen. Demzufolge übt die im Strafprocesse eingetretene Rechtskraft, sey es über den Bestand oder Nichtbestand der die beiden Klagen erzeugenden Handlung, sey es über die Theilnahme oder Nichttheilnahme des Beschuldigten an deren Begehung, einen entscheidenden Einfluß auf das Schicksal der Civilklage aus. Da ein gegen den Beschuldigten ergangener Schuldausspruch auf solche Weise für die später angestellte Civilklage zu einem unwiderlegbaren Titel wird, welcher dem Verurtheilten nicht mehr gestattet, die Handlung zu bestreiten, welche seine (strafgerichtliche) Haftung nach sich zog, so ist durch eine nothwendige und gerechte Wechselbeziehung auch geboten, daß ebenso die Bekräftigung der gänzlichen Unschuld des Beschuldigten von Seite der Strafrechtspflege für ihn zu einem sichern Schilde gegen die zuwiderlaufenden Ansprüche der Civilpartei werde. Die Civilklage kann dem losgesprochenen Beschuldigten gegenüber nur in solchen Fällen ihre Unabhängigkeit bewahren, in welchen die Erklärung der Nichtschuld nicht nothwendigerweise jeden Gedanken an eine Handlung ausschließt, wofür der Beschuldigte der Civilpartei noch immer nebenbei haftbar bleiben könnte, so daß die Erforschung und der Beweis dieser Handlung nicht zu einem Widerspruche zwischen demjenigen hinführt, was strafgerichtlich bereits abgeurtheilt ist, und im Civilpunkte noch abgeurtheilt werden soll.

Digitized by Google

Den Sachverhalt angehend, beruht die von dem Cassations-beklagten vor den Civilgerichten anhängig gemachte Klage einzig und allein auf derselben Thathandlung, welche schon vorher von der Staatsbehörde vor dem Zuchtpolizeigericht verfolgt war, nämlich auf der dem Cassationskläger Ou. zur Last gelegten Handlung, daß er durch sein Versehen, seine Unvorsichtigkeit, Ungeschick, Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit, und vor allem durch Versäumniß seiner Dienstvorschriften unabsichtlich seinem Gegner eine Verwundung verursacht habe. Von den Zuchtpolizeigerichten ist rechtskräftig auf Freisprechung des Beschuldigten erkannt worden, indem dieselben für feststehend erklärten, daß derselbe alle gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln angewendet und seinen Wagen hinlänglich beleuchtet hatte, um den Unfall, worüber sich sein Gegner beklagte, abzuwenden, wenn dieser nur seine Droschke (Tilbury) selbst weniger rasch gefahren und gewisse von der ersten Vorsicht empfohlene Maßregeln vorgekehrt hätte; woraus das Urtheil die bestimmt ausgesprochene Folge zieht, daß man dem Beschuldigten die Verantwortlichkeit für eine Handlung nicht aufbürden könne, deren Urheberschaft und Anlässen derselbe völlig fremd sey. Diese Erklärungen auf der einen und die Anführungen der Civilpartei, welche dem Cassationskläger noch immer eine Haftbarkeit für dasselbe Begehen aufbürden wollen, auf der anderen Seite, sind durchaus unvereinbarliche Aufstellungen, welche zwischen ihren Gegensätzen keine mittlere Auffassung von einer andern Seite zulassen; indem die letzteren nicht anders aufrecht stehen können, als durch den Umsturz der ersteren, — woraus sich ergibt daß der Appell.-Hof zu Nimes dadurch, daß derselbe den Kläger zum Beweise über des Beklagten haftbarmachende Betheiligung an einer Handlung zuließ, bezüglich deren dieser durch ein rechtskräftiges Strafurtheil bereits gänzlich freigesprochen und für unbetheiligt erklärt war, den Einfluß der Rechtskraft im Criminalverfahren auf den Civilproceß verkannt und dadurch die eingangserwähnten Artikel verletzt hat.

Digitized by Google

84.

Richterliches Ergänzungsamt, den Grund geforderter Zinsen betreffend.

Eine auf gewisse Erbvergleichsgelder nebst Zinsen des Verzuges gerichtete Klage war rücksichtlich der mitgeforderten Zinsen, unerachtet eine mora des Schuldners offenbar nicht vorlag, vom Richter der zweiten Instanz um beßwillen aufrecht erhalten worden, weil nach den im Klaglibell vorgetragenen Umständen, mit Rücksicht auf das den Minderjährigen gesetzlich zustehende Zinsen-Privilegium (vgl. Bd. 7 Nr. 13), ein Anspruch der Klägerin auf Legal-Zinsen gerechtfertigt erschien.

Das oberstrichterliche bestätigende Erkenntniß nahm als unzweifelhaft an, daß der vorige Richter die in der Klagschrift nicht gehörig hervorgehobene Begründung der Ansprüche der Klägerin auf gesetzliche Zinsen richterlichen Amts wegen zu suppliren, und vermöge der beßfallsigen gemeinrechtlichen Vorschriften aus diesem richtigen Gesichtspunkte zu beurtheilen, vollkommen befugt gewesen, da alle dazu erforderlichen Thatsachen in der Klagschrift enthalten seyen, es mithin nur davon sich gehandelt habe, dieselben unter die richtige juristische Ansicht zu stellen — welches nach

c. unica ut quae desint advocatis (2, 11)

vgl. Bucha, der Dienst der deutschen Justizämter, Thl. 2 §. 142.

auch ohne einen besonderen Antrag von Seiten der Partei oder ihres, solchen Gesichtspunkt verkennenden Sachführers vom Civilgerichte Amts halber geschehen müsse.

Erk. des OAG. zu Jena v. 14 Septbr. 1830 i. c. der verehelichten Dietzsch w. Lamprechts Erben. (E.)

85.

Actenversendung auf einseitigen Antrag decretirt. Rechtsmittel dagegen.

Ein dem einseitigen Antrage auf Actenversendung stattgebendes gerichtliches Decret kann nicht als ein solches betrachtet

werden, bei welchem es sich um die bloße Proceßleitung handelt, vielmehr ist bei einem solchen Antrage ein materielles Parteirecht in Frage. Ein solcher Antrag vertritt, wo er gesetzlich statthaft ist, die Stelle eines Perhorrescenzgesuches; er ist eine gelindere Form desselben, und unterscheidet sich von demselben darin, daß der Antragsteller nicht nöthig hat, Gründe seines Mißtrauens gegen den einheimischen Richter anzugeben.

Die Berufung gegen ein solches Decret ist eine einfache Beschwerde, eine Extrajudicial-Berufung, kein Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß. Das angegangene Oberappellationsgericht war daher sofort darüber zu entscheiden befugt, ohne daß eine Zwischen-Instanz hätte stattfinden müssen.

Erk. des OAG. zu Jena v. 17 Nov. 1853 i. c. Schmid w. den Großherzogl. Weimar. Staatsfiscus. (E.)

86.

Rechtskraft über Sachlegitimation.

Gegen den im Nachlaßbesitze befindlichen Testamentserben des J. A. Firle hatten mehrere Verwandten im Jahr 1823 die Erbschaftsklage auf Grund eines Erbvertrags des Erblassers mit seiner vorverstorbenen Ehefrau erhoben, zufolge dessen nach dem Tode der Firle'schen Eheleute ihr Vermögen auf die beiderseitige Verwandtschaft fallen sollte. In dieser Proceßsache war den Klägern der Beweis ihres Verwandtschaftsverhältnisses zu denjenigen Personen, welche in der den Erbvertrag enthaltenden Urkunde als Contrahenten aufgeführt sind, auferlegt worden. Die zur Herstellung dieses Beweises überreichten Auszüge aus den Kirchenbüchern wurden aber als nicht beweisfähig angesehen, und durch Obergerichtsbescheid vom 31 März 1833 die Kläger wegen hienach mangelnder Legitimation zur Sache für beweis- und sachfällig erklärt und mit der angestellten Klage abgewiesen; was in oberster Instanz bestätiget wurde.

Im Jahr 1838 erhob einer der damaligen Kläger für seinen Antheil dieselbe Klage, indem er solche gegen die Einrede der

Digitized by Google

rechtskräftig entschiedenen Sache replicirend durch die Bemerkung aufrechtzuhalten suchte: durch das ältere Erkenntniß sey sein jetziges Klagrecht nicht zerstört worden, weil er mit den übrigen Mitklägern nur wegen nicht gehörig nachgewiesener Legitimation zur Sache zurückgewiesen worden. Hiegegen wurde aber oberstrichterlich erwogen: es sey eine unrichtige Unterstellung, daß die Legitimation zur Sache keinen Bestandtheil des Klagegrundes bilde.

Erk. des OAG. zu Cassel v. 16 Sept. 1840 in S. Firle w. Röhrig (6403). Heuser, Annalen. Jahrgang II. S. 166 f.

87.

Cautionsleistung wegen der Proceßkosten durch Hinterlegung inländischer Staatsschuldscheine von wechselndem Course.

Im Jahr 1825 hatte die großherzoglich hessische Staatsregierung ein Anlehen von 6,500,000 Gulden contrahirt, für welches Partialschuldscheine auf den Inhaber zu 50 Gulden ausgestellt wurden. In einer Civilproceßsache sollte der Kläger als Ausländer wegen der Kosten eine Sicherheit von 300 Gulden, entweder in baarem Geld, oder durch genügende Unterpfänder, oder durch annehmbare Bürgen leisten. Dessen Anerbieten, mit Partialschuldscheinen jener Kategorie zu caviren, wurde für unannehmbar erachtet, da solche keinen festen unveränderlichen Werth hätten; die Vorschrift, daß sie bei den Sicherheitsleistungen der Staatsdiener vom Staate in ihrem vollen Nennwerthe angenommen werden sollten, finde auf Privatpersonen keine Anwendung. Dagegen erkannte das oberste Gericht, daß es dem Kläger unbenommen sey, zum Zweck der Stellung jener Caution solche Staatsschuldscheine in dem laufenden Werthe zu hinterlegen.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 26 Juni 1828.

(Bopp.)

Digitized by Google

88.

Beweislaſt bei dem Handel nach Probe. Inwiefern iſt aus der Annahme einer durch Fuhrleute überſandten Waare eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit derſelben zu folgern?

Vgl. Bd. 2 Nr. 104; Bd. 5 Nr. 129; Bd. 7 Nr. 304.

Aus den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung entnehmen wir was folgt:

Nach Maßgabe der von dem Kläger aufgeführten Beſchwerden iſt gegenwärtig bloß darüber zu entſcheiden:

ob Kläger: daß er die nach einer Probe verkauften Hörner der Probe gemäß abgeſandt habe, oder

ob Beklagter: daß die von dem Kläger an ihn abgeſandten Hörner der Probe nicht gemäß geweſen ſeyen, zu beweiſen habe.

Um darüber zu einem richtigen Reſultate zu gelangen, iſt es nothwendig, auf die Rechte und Verpflichtungen, die jeder Theil durch den abgeſchloſſenen Kaufcontract erhalten und übernommen hat, zurückzugehen.

Der Kaufcontract verpflichtet den Verkäufer im allgemeinen den verkauften Gegenſtand nach den geſetzlich vorauszuſetzenden oder ausdrücklich verſprochenen Eigenſchaften — alſo auch, wenn Lieferung nach einer Probe verſprochen worden iſt, nach dieſer zu trabiren; den Käufer hingegen verpflichtet beſagter Contract, wenn der Verkäufer ſeiner Verbindlichkeit nachgekommen iſt, das Kaufgeld zu bezahlen.

Erfüllt jener den Contract überall nicht, oder liefert er nicht ſolche Waare, worauf die Abſicht des Käufers bei dem Handel gerichtet war, oder liefert er nicht zur gehörigen Zeit, und iſt ihm die Erfüllung des Contracts unmöglich, ſo iſt auch der Käufer an den Contract nicht gebunden, kann auch den Umſtänden nach von jenem Entſchädigung verlangen.

War die Abſicht der Contrahenten auf eine beſtimmte Sache gerichtet, mußte alſo gerade die bei dem Handel vorgelegene und keine andere Sache geliefert werden, und es findet ſich nach der

Digitized by Google

Lieferung und Annahme der gekauften Sache, daß selbige nicht zu hebende und dem Käufer bei dem Ankaufe nicht sichtbare Fehler hat, so kann dieser mittelst der aus dem ädilitischen Edicte ihm zustehenden Rechte Redhibition oder Entschädigung wegen des mindern Werths der gelieferten Sache verlangen.

In diesem Falle muß der Käufer gesetzlicher Vorschrift gemäß das Daseyn der Gewährsmängel nachweisen, weßhalb er von der Gegenleistung ganz oder zum Theil frei zu werden verlangt.

War aber die Absicht der Contrahenten nicht auf eine gewisse, bei dem Handel vorgelegene bestimmte Sache, sondern auf ein genus nach bezeichneten Eigenschaften oder nach einer Probe gerichtet, und der Verkäufer liefert nicht Waare von der bestellten Art, nicht der Probe gemäß, so ist der Käufer solche Waare, die er nicht kaufen wollte, anzunehmen und zu behalten nicht schuldig; er bedarf auch, auf Bezahlung belangt, nicht der wegen fehlerhafter Beschaffenheit der gekauften Waaren ihm sonst zustehenden Einreden aus dem ädilitischen Edicte, sondern er braucht nur zu läugnen, daß die gelieferte Waare die bedungene Beschaffenheit habe, resp. daß sie der Probe gemäß sey, und der Verkäufer hat sodann, vorausgesetzt daß er den Verkauf nach der Probe zugesteht, zu beweisen, daß er seiner contractlichen Verpflichtung, Waare nach der Probe zu liefern, nachgekommen sey. In dem gegenwärtigen Falle hat nun der Beklagte behauptet, daß er nicht brasilische Hörner überhaupt, sondern nach einer Probe gekauft habe; er hat zugleich geläugnet, daß die ihm übersandten Hörner der Probe gemäß seyen und deßhalb solche zu behalten und den Contract von seiner Seite zu erfüllen verweigert; er hat auch nicht Einreden aus dem ädilitischen Edicte, sondern namentlich die Einrede des nicht erfüllten Contracts der Klage entgegengesetzt.

Der Kläger hat hierauf in der Replik zugestanden, daß der Verkauf nach der bezeichneten Probe geschlossen sey, mithin bedarf dieser Umstand, der sonst von dem Beklagten zu beweisen seyn würde, keines Beweises; er hat aber dagegen behauptet, daß er die Waare der Probe gemäß geliefert habe. Dieß gehört zu den

Digitized by Google

ihm aus dem Kaufcontracte obliegenden Verpflichtungen, deren Erfüllung er beweisen muß.

In der sententia a qua ist die Entscheidung vorzüglich darauf gegründet: daß in der von dem Beklagten ohne Vorbehalt von den Fuhrleuten geschehenen Annahme der Waare die factische Erklärung enthalten sey, daß die ihm überlieferte Sache die von ihm gekaufte sey, und er sich deßhalb nicht mehr auf eine Nichterfüllung des Contracts berufen könne.

So richtig es ist, daß derjenige, der wissentlich Sachen als solche, die er zu fordern hatte, annimmt, nachher nicht sagen kann, daß er die gekauften Sachen nicht erhalten habe, so ist doch, um aus der Annahme eine Anerkennung der Waare nach der bedungenen Art zu folgern, durchaus erforderlich, daß selbige unter Umständen geschah, welche die Absicht des Empfängers, die Sache als diejenige, die der Verkäufer ihm zu liefern hatte, annehmen zu wollen, zu erkennen geben.

Aus den Umständen, daß der Beklagte die richtig und unbeschädigt gefundene Ladung von den Fuhrleuten hat abladen und in seine Verwahrung bringen lassen, kann jene Absicht nicht entnommen werden.

Die Fuhrleute, deren Contract nur den Transport der Waaren zum Gegenstande hatte, und sich mit der gehörigen Lieferung der Ladung endigte, waren nach solcher Lieferung das Abladen der Fracht und ihren Frachtlohn zu verlangen befug·. Eine Verwahrung gegen diese konnte keine rechtliche Wirkung haben, weil die zwischen dem Verkäufer und dem Käufer wegen der Güte oder Art der Waaren eingegangenen contractlichen Verhältnisse ganz außer dem Rechtsverhältnisse lagen, worin die Fuhrleute zu dem Absender und Empfänger standen, und ohnehin Käufer gesetzlich nicht verpflichtet war, die Güte der Waare vor deren Abladung zu untersuchen.

Erk. des OAG. in Wolfenbüttel vom 3 Nov. 1826 in Sachen des Kaufmanns Johann Semmler in Hamburg, Kläger, wider den Kaufmann Friedrich August Küster in Braunschweig, Beklagten, wegen einer Waarenforderung zu 1018 Rthlr. 10 gr. Gold. (R.)

89.

Beweissatz bei dinglichen und diesen analogen Klagen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 363.

In einer Rechtssache, eine deutschrechtliche Reallast betr., kam es in Frage, ob, wenn ein specieller Erwerbsgrund oder einige im ersten Verfahren für ein angesprochenes Recht genannt sind, dem Richter gestattet sey, den Beweissatz auf letzteres allgemein ohne Beschränkung auf erstere zu stellen. Es wurde oberstrichterlich angenommen, daß diese Frage nach den Grundsätzen des deutschen Proceßrechts zu verneinen sey.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30 Sept. 1854 in S. Gätje Lange w. Dorfschaft Hasenbühren, Verpflichtung zum Halten eines Hengstes und Bullen betr. Gedr. Brem. Samml. Bd. 3 S. 371.

90.

Der Mandatar als Zeuge.

Vgl. Bd. 2 Nr. 105, 221; Bd. 6 Nr. 275.

Betreffend die Frage, ob der Mandatar nach Beendigung seines Geschäfts in Bezug auf letzteres ein unzulässiger oder ein, je nach den übrigen Umständen, mehr oder weniger verdächtiger Zeuge sey, kommt es lediglich darauf an, ob der Mandatar bei seiner Aussage ein solches eigenes Interesse habe, daß er einem Zeugen in causa propria gleichzustellen seyn würde, wie dieß z. B. dann der Fall wäre, wenn der Mandatar, sofern er den Inhalt der auf sein Zeugniß gestellten Artikel verneinen sollte, sich sofort einem erheblichen Regreßanspruch seines Mandanten aussetzen müßte . . . . .

Erk. des OAG. zu Dresden vom März 1853. (Rodeburg wider Berisch.) Ztschrft. f. Rpf. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 457.

Digitized by Google

91.

Gemeindeglieder, in wie fern als Zeugen zulässig?

Vgl. Bd. 1 Nr. 327; Bd. 3 Nr. 393; Bd. 6 Nr. 70.

In einer Rechtssache wurden von dem Kläger mehrere Mitglieder des Gemeinderathes der beklagten Gemeinde als Zeugen benannt, deren Zulässigkeit von der Gemeinde bestritten wurde. Deren Verwerflichkeit wurde auch in III Instanz anerkannt und als in der Rechtsprechung geltende Sätze folgende aufgestellt:

1) Gemeindeglieder, insbesondere Ortsvorstandspersonen oder Mitglieder des Gemeinderathes, welche durch Ausstellung einer Proceßvollmacht für den Anwalt oder Bevollmächtigten der Gemeinde als deren Repräsentanten sich dargestellt haben, können nicht zum Zeugnisse für oder gegen die Gemeinde zugelassen werden, weil sie als identisch mit dem Proceßsubjecte erscheinen.

2) Dasselbe gilt bei den Mitgliedern des Ortsvorstandes, wenn sie auch die Vollmacht nicht unterzeichnet haben.

3) Gemeindeglieder sind zum Zeugnisse für die Gemeinde unzulässig, wenn es sich in dem Processe um eine res universitatis in sensu stricto handelt, wobei die einzelnen Gemeindeglieder unmittelbar betheiligt sind, also eigenen unmittelbaren Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgange der Sache zu erwarten haben.

4) Wo diese Verhältnisse nicht eintreten, können Gemeindeglieder als solche nicht für unfähige Zeugen betrachtet werden.

5) Werden Gemeindeglieder von dem Gegner der Gemeinde als Zeugen in Vorschlag gebracht, so erscheinen sie, mit Ausnahme der Fälle unter Nr. 1 und 2, an und für sich als zulässig.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 13 Dec. 1854 in S. Conradi w. Gemeinde Niederorke, Störung wegen einer Wiesenwässerung betr. Lit. N. Nr. 258. (Z.)

92.

Verwandtschaftliches Verhältniß des Zeugen zu beiden Streittheilen.

In einem Rechtsstreite gegen einen seiner Söhne hatte der Producent auf das Zeugniß einiger seiner übrigen Kinder sich berufen, und zur Beseitigung des aus seinem verwandtschaftlichen Verhältnisse zu ihnen hergeleiteten Inhabilitätsgrundes geltend gemacht, daß diese Zeugen ja auch mit dem Producten nahe verwandt seyen.

In dieser Beziehung wurde in den Motiven des oberstrichterlichen Erkenntnisses geäußert: Der Satz, daß der durch die Verwandtschaft der Zeugen mit dem Producenten begründete Verdacht durch ihre gleichfalls nahe Verwandtschaft mit dem Producten aufgehoben werde, steht mit dem in

fr. 9 de testib. (22, 5)

und in

C. 6 eod. (4, 20)

ausgesprochenen Princip in Widerspruch und findet in den Gesetzen, die man gewöhnlich dafür anführt, nämlich in

fr. 67 §. 1 de ritu nuptiar. (23, 2)

und in

C. 13 in fine de quaestionib. (8, 41)

schwerlich seine genügende Rechtfertigung. Wenn aber gleich die Praxis, den Ausführungen bei

Donellus, in Commentariis de jure civil. XXV. 7 §. 12 edit. *Bucher*, Tom. XIV. pag. 408, 59; *Voet*, Commentar. ad Pandect. XXII. 5 §. 3; *Wissenbach*, Commentationes in libros IV priores Cod. ad L. 6 cit. pag. 589

entgegen, sich fast durchgängig für denselben erklärt hat;

Farinacius, de testib. Quaest. L. IV. Nr. 205; *Mascardus*, de probationib. conclus. 408 Nr. 21; *Ant. Mornacius*, Commentat. in Codic. ad L. 6 cit; *Brunnemann*, ibid. pag. 397

so ist er doch jedenfalls auf die Fälle zu beschränken, wo eine eigentliche paritas affectionis vermuthet werden darf, wo der Zeuge also mit beiden Parteien ganz gleich nahe verwandt, wo er z. B. der Bruder von beiden ist, oder wo beide Theile eine Kinder sind. Mit Recht heißt es aber in einem von

Hommel, in Rhapsodia quaestion. Observ. 210 reg. 9

Digitized by Google

angeführten Responsum der Leipziger Juristenfacultät: daß die Verbindlichkeit, die der als Zeuge abgehörte Sohn gegen seinen Vater habe, weit größer sey als die Liebe gegen seinen Bruder.

Ob.-A. Erk. der Juristen-Fac. zu Halle (für das OAG. zu Jena) a. d. Monat Nov. 1846. i. c. Michael Sänger w. seinen Sohn Frdr. Louis Sänger. (E.)

93.

Einreden gegen die Zulässigkeit von Zeugen. Beweis des Grundes der Inhabilität derselben.

Ein kinderloser Ehemann, welcher auf Grund von Sävitien gegen seine Ehefrau auf Ehescheidung geklagt hatte, und zum Beweise derselben zugelassen worden war, trat denselben durch Zeugen an. Die Beklagte suchte dieselben als unfähige Zeugen darzustellen und ergriff, da diese in den beiden unteren Instanzen, mit Vorbehalt aller Einreden gegen ihre Person und Aussagen für das Hauptverfahren, für zulässig erklärt wurden, die Oberappellation, aber fruchtlos. Kläger hatte als Zeugen auch einen Bruder, die Ehefrau eines andern Bruders und einen Schwager, den Ehegatten seiner verstorbenen Schwester, welche von demselben Kinder hinterlassen hatte, benannt. Die Beklagte wendete ein, daß diese Personen unzulässige Zeugen seyen, weil sie ein eigenes Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreites hätten; denn wenn dieser für sie, die Beklagte, ungünstig ausfiele, so daß die Ehe getrennt werde, so büße sie die Rechte ein, die ihr an dem Vermögen ihres Ehemannes gesetzlich zustünden (statutarische Portion u. s. w.), und zwar zum Besten der Intestaterben desselben. Ein solcher sey jener Bruder; die Schwägerin sey die Ehefrau eines andern Intestaterben, und der Schwager habe als Vater seiner Kinder, die gleichfalls gesetzliche Erben wären, gesetzliche Rechte an deren Vermögen. Nach Anleitung des erstatteten Gutachtens wurde in oberster Instanz die Beschwerde der Beklagten für ungegründet erachtet: unfähig wegen eigenen Interesses sey der Zeuge, der bei dem günstigen oder un-

Digitized by Google

günstigen Ausgang des Rechtsstreites Vortheil oder Nachtheil zu erwarten habe; dieser müsse ihm aber direct zuwachsen und ein gewisser seyn; berühre er den Zeugen nur mittelbar und entfernt durch die Person oder das Vermögen des Producenten, und sey er dabei noch problematisch, was auch dann der Fall sey, wenn der Testaments- oder präsumtive Intestaterbe des Producenten in einer Rechtssache, die dessen Vermögen afficire, zum Zeugnisse aufgerufen werde,

Glück, Erläut. der Pandekten Bd. 22 §. 1176, S. 145, 146, §. 1177 S. 161.

Heffter, Institutionen des Civilproc. S. 205, 209.

Schneider, Die Lehre vom Beweise §. 141, 143.

so trete keine Inhabilität ein.

Die Beklagte hatte auch eingewendet, jener Bruder und jener Schwager ihres Ehemannes seyen auch darum unfähige Zeugen, weil sie denselben zu dem Entschlusse, die Ehescheidungsklage zu erheben, gebracht und bei der Durchführung desselben mitgewirkt hätten. In Bezug auf die wegen Zulassung dieser Zeugen aus diesem Grunde erhobenen Beschwerde erwog das oberste Gericht: Wäre dieser Umstand erwiesen, so könnte er Inhabilität begründen, nach Analogie der Vorschrift, daß Anwälte und andere Rathgeber in der betreffenden Angelegenheit nicht als Zeugen erscheinen könnten; allein es ermangele noch zur Zeit der Liquidität dieses Umstandes. Das gleiche gelte von der Einrede, daß diese (und andere) Zeugen ihre tödtlichen Feinde seyen.

Die Beklagte hatte auch in oberster Instanz darüber Beschwerde erhoben, daß nicht in Gemäßheit der Einrede der Inhabilität der Zeugen auf Beweis der dieselbe involvirenden Thatsache erkannt worden sey; diese Beschwerde wurde aber für unbegründet erklärt: Solche Einreden stünden den proceßhindernden Einreden gleich und müßten so, wenn sie Berücksichtigung finden sollten, sofort bescheinigt werden.

Gensler, Commentar über Martins Civilproceß-Lehrbuch I. S. 327, 348, 356.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 2 Oct. 1840.

(Bopp.)

94.

Beweiskraft der in einem zwischen anderen, als den jetzt streitenden Parteien anhängig gewesenen Rechtsstreite erhobenen Zeugenaussagen.

In der Rechtssache zweier Schwestern X., der verehelichten A. und der verehelichten B., wider G. hatten die Beweiszeugen E. und D. eidlich bestätigt, daß G. jeder der drei Schwestern X. bei ihrer Verheirathung 1000 Thlr. schenkungsweise auszuzahlen, unter Annahme der Schenknehmerinnen versprochen habe, und es war darauf G., vorausgesetzt daß die Klägerinnen einen ihnen auferlegten Erfüllungseid — den sie demnächst ableisteten — schwören würden, der Klagbitte gemäß verurtheilt worden.

Zwanzig Jahre später — nachdem G. und der Zeuge E. inmittelst verstorben waren — klagte die jüngere, dritte Schwester X., jetzt verehelichte P., gegen den nachgelassenen Sohn und Erben des G. auch ihrerseits auf Erfüllung des erwähnten Schenkungsvertrages, inducirte bei dem ihr auferlegten Beweise lediglich die in der Klagsache ihrer beiden Schwestern gegen G., den Vater, ergangenen Acten, insbesondere den über die Aussagen der darin abgehörten beiden Zeugen ausgefertigten und eröffneten Rotulus, als Beweismittel, und ward darauf der Verklagte in der ersten und in der zweiten Instanz bloß für den Fall der Nichtableistung eines ihm nachgelassenen Reinigungseides für sachfällig erkannt.

In der dritten Instanz aber erlangte die Klägerin ein nur durch einen de credulitate von ihr auszuschwörenden Erfüllungseid bedingtes obsiegliches Erkenntniß, welchem folgende Gründe unterbreitet sind:

Man muß zwar den vorigen beiden Richtern darin beipflichten, daß die in dem früheren Streite erstatteten Zeugenaussagen nicht so beweiskräftig sind, als es der Fall seyn würde, wenn die in jener Rechtssache abgehörten Zeugen in der hier vorliegenden als solche producirt und dem Beklagten die Möglichkeit gestattet worden wäre, durch zweckmäßig gestellte Fragstücke sie über

Digitized by Google

den Grund ihrer Wiſſenſchaft hinſichtlich der wider Klägerin behaupteten Schenkung befragen zu laſſen. Allein dieſer formelle Mangel kann höchſtens nur bei der Beurtheilung der Beweiskraft der Ausſagen des, noch lebenden, Zeugen D. von Einfluß ſeyn, weil es der Klägerin zum Vorwurfe gereichen würde, daß ſie dieſen Zeugen nicht als ſolchen vorgeführt habe; hingegen für die Prüfung der Beweiskraft des anderen, nun verſtorbenen, Zeugen E. kann jenem Mangel der Form weniger Gewicht beigelegt werden, weil in Anſehung desſelben ein gleicher Einwand der Klägerin nicht entgegen ſteht.

Wenn aber namentlich der Richter erſter Inſtanz den Ausſagen des Zeugen D. directe juriſtiſche Wirkung zum Vortheil der jetzigen Klägerin gar nicht beilegt, die Depoſitionen des andern Zeugen hingegen allerdings für glaubwürdig hält, gleichwohl aber dieſen, da er testis singularis und in gegenwärtigem Rechtsſtreite nicht als Zeuge producirt und vereidet, und nicht über vom Gegner einzureichende Fragſtücke abgehört worden iſt, nicht ſo viel Beweiskraft zuſchreibt, um darauf zu Gunſten der Klägerin einen Erfüllungseid bauen zu können, ſo läßt ſich dagegen mit Grunde erinnern, daß die Analogie der

C. ult. de testibus (4, 20), des cap. 50 X. de testibus (2, 20)

und des

Gemeinen Beſcheides des Reichs-Kammer-Gerichts vom 9 Februar 1733 (in Emminghaus Corp. Jur. German. (edit. 1) Bd. 2 S. 471)

auf welche jene Entſcheidung gebaut iſt, auf den vorliegenden Fall nicht ganz paßt. Denn in den beiden erſten Stellen, beſonders der des Juſtinianeiſchen Codex, iſt von dem Falle die Rede, wenn Zeugen bei compromissarii judices, bei Schiedsrichtern, abgehört worden ſind, und dieſelben Parteien die vor dem Schiedsrichter verhandelte Sache vor den ordentlichen Richter bringen. Dann ſoll es in der Willkür des Producten ſtehen, ob er auf nochmalige Production der noch lebenden, beim Schiedsrichter abgehörten Zeugen vor Gericht beſtehen, oder die Abhörung der ſchon vor dem Schiedsrichter vernommenen Zeugen gegen ſich gelten laſſen will, übrigens mit Vorbehalt ſeiner

Digitized by Google

Rechtszuständigkeiten; die Abhörung der beim Schiedsrichter schon vernommenen Zeugen aber, welche zu der Zeit, wo der förmliche Rechtsweg betreten ist, nicht mehr am Leben sind, soll er unter gleichem Vorbehalte jedenfalls für geschehen annehmen und gegen sich gelten lassen. Der angeführte gemeine Bescheid aber erklärt zur Führung eines auferlegten Beweises, Notariat- oder andere außergerichtliche oder doch nicht legale Rotuli für unzulässig und ungenügend. Diese Fälle sind aber hier nicht vorhanden. Denn als Beweismittel wird jetzt von der Klägerin ein jedenfalls als öffentliches Document zu betrachtender Zeugenrotul gebraucht, welcher in der dasselbe Geschäft betreffenden Proceßsache ihrer ältern Schwestern gegen den Schenkgeber von dem zuständigen Richter auf die förmlichste und feierlichste Weise errichtet worden ist. Die Zeugen sind dort producirt, vereidet und über dasselbe Factum, welches jetzt bewiesen werden soll, auf das umständlichste abgehört worden, und namentlich ist in jenem Processe der Erblasser des jetzigen Beklagten bemüht gewesen, durch viele in das kleinste Detail eingehende Fragstücke die Zeugen über den Grund ihrer Wissenschaft auszuforschen, so daß von einer Schmälerung des rechtlichen Gehöres in hypothesi schwerlich die Rede seyn kann. Dazu ist von dem Beklagten gegen die Personen und Glaubwürdigkeit der in dem frühern Streite abgehörten Zeugen nicht der mindeste erhebliche Einwand gemacht worden. Die Zeugen bekunden aber, darin völlig mit einander übereinstimmend, das von der Klägerin jetzt und von ihren ältern Schwestern früher behauptete, ihnen vom Erblasser des Beklagten geschehene Schenkungsversprechen und dessen Acceptation. Bei dieser Uebereinstimmung zweier, zwar in einem von andern Klägerinnen verhandelten, jedoch denselben Gegenstand betreffenden Processe auf das förmlichste vereideten und abgehörten Zeugen liegt mehr Wahrscheinlichkeit für die Behauptung der Klägerin, daß das fragliche Schenkungsversprechen geschehen sey, als für das Gegentheil, und daher kann der Beklagte schon deßhalb zum Reinigungseide nicht gelassen werden.

Erk. des OAG. zu Jena v. 14 Nov. 1833 i. c. Pröschold w. Gräfe. (E.)

95.

Beweiskraft eines Amtserbbuchs. Würdigung der Beweiskraft von Amtswegen.

Die Gemeinde Börthen ist zur Stadt Neustadt eingepfarrt. In einem Processe, die Beitragspflicht der ersteren zu den kirchlichen Lasten betreffend, wurde für die Befreiung von diesen ein „Amtserbbuch vom Jahr 1589" in Bezug genommen. Aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde uns mitgetheilt was folgt:

In dem als Beweisurkunde gebrauchten Amtserbbuche vom J. 1589 kommt unter der Rubrik „Börthen" „Geistliche Sachen" die Stelle vor: „haben keine Kirchen, brauchen sich der Seelsorg in der Stadt Neustadt, zum Kirche, Pfarre, Diaconal- und Schulgebäuden geben sie nichts." Nun ist zwar diese Urkunde allerdings als eine öffentliche zu betrachten, auch bereits für ein „gerichtliches", des Anerkenntnisses nicht bedürfendes Document rechtskräftig anerkannt. Allein solches hat darum doch auf ihre materielle Beweiskraft keinen Einfluß, indem diese lediglich von ihrem Inhalte abhängt.

Glück, Erläut. d. Pand. Th. XXII §. 1159 S. 30.

Was diesen Inhalt anbetrifft, so erhellt namentlich — nirgend, daß bei Abfassung des fraglichen Erbbuchs eine Zuziehung der bei dem fraglichen Punkte doch ganz besonders betheiligten N..r. Kirchengemeinde, oder des die Rechte derselben vertretenden Stadtraths, jetzigen Klägers, irgend stattgefunden habe. Es kann also die fragliche Urkunde, insoweit sie einer Befreiung der beklagten Gemeinde von kirchlichen Lasten gedenkt, welche sich außerdem von selbst verstehen würden, weder als eine gegen den Kläger beweisende Verfügung, noch aber als ein Geständniß desselben, sondern nur als ein Zeugniß gelten, weßhalb sie auch derselben Beurtheilung, wie Zeugnisse, unterliegt. Kömmt es aber hierbei hauptsächlich auf den Grund der Wissenschaft an, auf dem die in jener Urkunde bezeugte Befreiung beruhen soll, so fehlt dieser offenbar hier ganz, indem das fragliche Zeugniß nicht nur keinen Befreiungsgrund selbst anführt, sondern auch

Digitized by Google

aller Nachweisung über die Quelle, woraus es geschöpft ist, entbehrt. Dieser Mangel erscheint aber hier um so wichtiger, als ... nicht zu entnehmen ist, daß dem mit der Fertigung des vorliegenden Erbbuchs beauftragten Beamten eine amtliche Kenntniß von dem Verhältnisse gerade der hier in Frage stehenden Angelegenheit beigewohnt habe, was nur alsdann anzunehmen seyn dürfte, wenn der deßfallsige Gegenstand selbst der Aufsicht oder Verwaltung desselben wirklich anvertraut gewesen wäre.

v. Gönner, Handb. d. Proc. Th. II Abh. 46, §. 5 und 17. v. Globig, Theorie der Wahrscheinl. Abschn. IV §. 4 S. 227. v. Glück, a. a. O. S. 30—32.

Ganz gleichgültig ist es dagegen, ob diese entscheidenden Momente schon von dem Kläger selbst in dem vorliegenden Processe geltend gemacht, oder ob sie erst bei der richterlichen Beurtheilung der Sache in zweiter Instanz von Amtswegen hervorgerufen worden sind. Denn da der Beweis dem Richter geführt wird, so ist es auch seine Sache, die unterlegten Thatsachen ihrem rechtlichen Belange nach zu prüfen, namentlich aber die Beweiskraft der dazu gebrauchten Beweismittel zu ermessen, indem hier eine Suppeditirung von Thatsachen keineswegs enthalten ist.

Erk. des OAG. zu Jena vom 30 Dec. 1832 in Klagsachen des Stadtraths zu Neustadt gegen Gemeinde Börthen.

(St.)

96.

Das Copirbuch des Kaufmanns als zulässiges Beweismittel.

Vgl. Bd. 3 Nr. 287.

Einem aus einem kaufmännischen Geschäftsverhältnisse klagenden Frankfurter Kaufmann wurde der Beweis auferlegt, die Beklagten hätten anerkannt, ihm aus ihrer Geschäftsverbindung mit ihm den Betrag von 2210 Gulden schuldig zu seyn, oder dieses zugestanden, und er habe dieses Anerkenntniß oder Zugeständniß angenommen. Diesen Beweis trat Kläger auch durch Abschrift zweier Briefe an. In dem ersten, dem Briefe der Beklagten an Kläger, sollten erstere ihre Schuld auf jene Summe be-

Digitized by Google

rechnet, und in dem zweiten, dem Briefe des Klägers an die Beklagten sollte ersterer sich mit diesem Rechnungsabschluß einverstanden erklärt haben. Wegen Eintragung des Concepts dieses letzten Briefs in das Copirbuch trat Kläger in so fern den Beweis durch dasselbe an, indem er sich zur Production desselben erbot. Die Beklagten bestritten die Zulässigkeit desselben als Beweismittel; es wurde aber in erster und zweiter Instanz für zulässig erkannt, und die darum ergriffene Oberberufung wurde verworfen, nach Anleitung des erstatteten Gutachtens darum:

Alle Gründe, aus welchen die Handelsbücher der Kaufleute überhaupt beweiskräftig seyen, sprächen auch für die Beweiskraft des Copirbuches. Aber auch davon abgesehen, habe die Regel, der zufolge eine Urkunde nicht für den beweise, der sie ausgestellt, ihre Ausnahmen. So lehre

Linde, Lehrb. des Civilprocesses §. 276

mit Beziehung auf Gesetzesstellen und Rechtslehrer:

„Jedoch können in jedem Verhältnisse Vermuthungen durch Privaturkunden selbst für den Aussteller und gegen Dritte begründet werden."

und in diesem Sinne äußere sich auch

Schmid, Handbuch des Civilprocesses Band 2 §. 143 a. E.

In dem fr. 26 §. 2 depos. (16, 3) werde von einem Briefe gehandelt, worin sich der Schreiber in mehrfacher Hinsicht als Schuldner dessen bekenne, an den er gerichtet, während er auch eine Forderung an denselben berühre. Am Schlusse heißt es:

an autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem probare possit hoc, quod scripsit, judicem aestimaturum.

Erscheine nun das Copirbuch als richtig geführt, und stehe es im Einklang mit den anderen Geschäftsbüchern, so könne es den überhaupt angetretenen Beweis adminiculiren. Daher seine Zulässigkeit.

Erk. des OAG. in Darmstadt am 5 März 1850.

(Bopp.)

Digitized by Google

97.

Atteſtationen ſtandesherrlicher Archivare ſind Privatzeugniſſe.

In Sachen der zu Standesherren erhobenen Freiherren von Riedeſel, Kläger, gegen die Gemeinde Niederohmen, Beklagte, traten die erſteren einen aufhebenden Beweis durch Urkunden an, welche ihr Archivar und Sammtſecretär ausgeſtellt hatte. Die Sache erwuchs an das oberſte Gericht, deſſen Erkenntniß unter anderem von der Erwägung ausgieng, daß den Klägern das Archiv-Recht nicht zuſtehe, ihrem Archivar und Sammtſecretär der Charakter eines öffentlichen Dieners nicht beiwohne, und daher die von ihm ausgeſtellten Zeugniſſe von dem Richter voriger Inſtanz mit Recht als nicht beweiſende Privatzeugniſſe angeſehen worden ſeyen.

Erk. des OAG. in Darmſtadt vom 4 December 1829.

(Bopp.)

98.

Pfarr-Matrikeln. Beweiskraft.

In einem Rechtsſtreite über gewiſſe Fruchtzinſen, welche die Pfarrei B. von den Parochianen zu M. in Anſpruch nahm, hatte die Pfarrei beim Beweiſe auf eine angeblich vom Schöſſer zu N. im Jahre 1682 gefertigte, bisher im Archive der geiſtlichen Oberbehörde aufbewahrte Pfarrmatrikel ſich bezogen.

Dieſer Urkunde wurde oberſtrichterlich alle Beweiskraft abgeſprochen, aus folgenden Gründen.

Pfarr- oder Kirchen-Matrikeln enthalten ſchriftliche Nachrichten und Beſtimmungen über die gegenſeitigen Rechte und Verbindlichkeiten des Pfarrers und ſeiner Parochianen. Es liegt daher in der Natur der Sache daß ſie bei den hierüber entſtandenen Streitigkeiten nur dann zur Norm dienen können, wenn ſie mit Einwilligung ſämmtlicher Intereſſenten abgefaßt worden ſind.

Aus dem Inhalte der hier in Frage befangenen Matrikel iſt aber nicht zu erſehen, auf weſſen Veranlaſſung oder Anord-

Digitized by Google

nung sie abgefaßt worden, ferner ob die Nachrichten über die Abgaben, welche der Pfarrer zu B. damals von seinen Parochianen erhoben haben oder zu erheben befugt gewesen seyn soll, bloß auf seinem einseitigen, oder auf dem übereinstimmenden Anführen beider Theile beruhen; ingleichen, wenn man den ersteren Fall voraussetzt, ob den Abgabepflichtigen die ihnen von dem Pfarrer angesonnenen Leistungen wenigstens nach Abfassung der Matrikel vorgehalten worden sind und sie die letztere, mithin die Verbindlichkeit zur Entrichtung der darin aufgeführten Abgaben anerkannt haben.

Bei diesen Mängeln könnte ihr, auch wenn ihre Aechtheit außer Zweifel gesetzt würde,

Vgl. *Gottschalk*, Selecta disceptat. forens. capita Tom. III. cap. XXIV. pag. 316 seq. edit. 2

einige Beweiskraft nicht beigelegt werden.

Erk. des Schöffenstuhls zu Halle (Namens des OAG. zu Jena) de publ. d. 26 Jan. 1839 i. c. der Pfarrei zu Bibra w. David Allendorf und Gen. zu Mannstadt.

(E.)

99.

Urkundenbeweis-Antretung durch unbeglaubigte Abschriften.

In einer bei dem Mittelgericht in erster Instanz anhängigen Rechtssache trat Producent den Urkundenbeweis durch Beibringung unbeglaubigter Abschriften an. Nach Vernehmung des Producten erkannte das Gericht dahin, daß der versuchte Beweis auch in formeller Hinsicht für verfehlt zu erklären sey, weil die Urkunden statt in beglaubigter, nur in unbeglaubigter Abschrift beigebracht worden wären. Das oberste Gericht sprach sich aber dahin aus, daß auch durch unbeglaubigte Abschriften ein Urkundenbeweis angetreten werden könne [1]) und die bestimmte Stelle der Landes-

---

1) Vgl. Schmid, Handb. d. Proc. Th. 2 S. 291 Note 4.

proceßordnung v. J. 1724, welche das Untergericht im Auge habe, ein anderes nicht vorschreibe.

Erk. d. OAG. in Darmstadt vom 4 December 1829.

(Bopp.)

100.

Von Interlineaturen in Beweisurkunden.[1])

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Interlineaturen (Zwischenschriften) sind, zumal wenn sie von derselben Hand, die auch die übrige Urkunde geschrieben hat, herrühren, wie hier allem Anschein nach der Fall ist, keineswegs ganz nichtig und unbeweisend, sondern sie können nur an und für sich keinen hinreichenden Beweis der Aechtheit dessen, was darin enthalten ist, liefern.

Not. Ordnung v. 1512 Einl. §. 18.

Davon ist aber die rechtliche Folge die, daß wer eine Urkunde zum Beweise für sich gebraucht, und dabei auf die Aechtheit der Interlineatur einen Anspruch gründet, die Aechtheit, wenn er aber hiebei sich auf die Unächtheit derselben stützt, deren Unächtheit zu erweisen, und dadurch die in der Hinsicht obwaltende Ungewißheit zu entfernen hat. Letzteres ist der Fall der Kläger, die, indem sie das ganze Vermächtniß in Anspruch nehmen, damit die ihnen noch einen Collegatar zuordnende Interlineatur für unächt erklären, und da nun der Schuldner, der theilweise an den unrechten Gläubiger zahlt, dadurch pro rata des rechten Gläubigers diesem gegenüber nicht liberirt wird,

fr. 25 §. 17 in f.; fr. 31 §. 5 de her. pet. (5, 3);
fr. 34 §. 4, 9 de solut. (46, 3); C. 12 eod. (8, 43),

und es mithin nothwendig wird, daß derjenige, welcher als der alleinige Berechtigte ein Recht in Anspruch nimmt, sich auch in dieser Hinsicht legitimire, so würde den Klägern selbst dann der

1) Vgl. Heise und Cropp, juriſt. Abh. Bd. 1 Nr. 7; Bl. f. RA. Bd. 5 S. 225.

Digitized by Google

in den vorigen Erkenntnissen enthaltene Beweis aufzuerlegen gewesen seyn, wenn auch für die Aechtheit der zwischengeschriebenen Worte nicht so erhebliche Gründe sprächen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 31 Oct. 1825. (Bäckmann w. Lampe.) (Hei.)

101.

Muß mit dem innerhalb der Beweisfrist eingebrachten Editionsgesuche die ausdrückliche Bitte um Offenhaltung dieser Frist verbunden werden?

Der Kläger trat einen aufhabenden Beweis durch eine Urkunde an, welche sich nach seiner Behauptung in den Händen des Beklagten fand, und verband damit ein Editionsgesuch, ohne an dasselbe die Bitte um Offenhaltung der Beweisfrist bis zur geschehenen Edition zu knüpfen. Als die Rechtssache an das oberste Gericht erwuchs, erhob sich auch die Frage, ob der Producent, welcher innerhalb der Beweisfrist ein Editionsgesuch zu dem Zwecke einbringe, um zu bewirken daß die Urkunde, womit er den Beweis antreten wolle, von dem Producten edirt werde, damit ausdrücklich das Gesuch um Offenhaltung der Beweisfrist verbinden müsse, oder aber in dem Editionsgesuch diese Bitte stillschweigend enthalten sey? Der Beklagte und Oberappellant behauptete, daß das erstere geschehen müsse, und bezog sich dabei auf

Martin, Lehrb. des bürgerl. Processes §. 199,

welcher lehre, man müsse den Ablauf der Beweisfrist durch Fristgesuche so lange zu verhindern suchen, bis die Edition bewirkt sey. Allein das oberste Gericht erkannte, unter Bezugnahme auf seine constante Praxis (Erkenntnisse aus den Jahren 1828, 1832 und 1833) dahin, daß das Editionsgesuch stillschweigend die Bitte um Offenhaltung der Beweisfrist enthalte.

Erk. des OAG. in Darmstadt v. 5 März 1850.

(Bopp.)

102.

Angebliche Nothwendigkeit der Bescheinigung, daß der Editionsbeklagte im Besitze der zu edirenden Urkunde sey, zur Begründung des Editionsgesuches.

Der Kläger, welchem Beweis auferlegt worden war, reichte innerhalb der Beweisfrist ein Editionsgesuch ein, indem er verlangte, daß der Beklagte zum Zweck der Beweisantretung einen Brief edire, den er, Kläger, demselben geschrieben habe. Der Beklagte bestritt dieses Gesuch, weil Kläger nicht bescheinigt habe, daß er, Beklagter, im Besitze des Briefes sey, diese Bescheinigung aber zur Begründung des Editionsgesuches erforderlich sey. Das oberste Gericht erachtete den Einwand als ungegründet, weil es nach seiner Rechtsprechung genüge, wenn dem Editionsbeklagten für den Fall, daß er den Besitz der Urkunde in Abrede stelle, die Ableistung des Editionseides abverlangt werde; denn dieß ersetze den Abgang der Bescheinigung, daß der Editionsbeklagte Besitzer sey. [1])

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 5 März 1850.

(Bopp.)

103.

Modalität der Urkundenedition.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung in einer schleswig'schen Rechtssache wird folgendes mitgetheilt:

Die Reconvenienten sind nur in ihrer Eigenschaft als Hauptparticipanten der Landschaft N. zur Documentenedition an den

---

1) Der Referent hob hervor, früher habe man gelehrt, der Editionskläger müsse bescheinigen, sein Gegner sey im Besitze der fraglichen Urkunde; allein kein Gesetz schreibe dieses vor, und neuere Rechtslehrer

Glück, Erläuterung der Pandekten Band 22 S. 124;

Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilproceß. 7 Aufl. S. 589.

Schmid, Handb. des Civilprocesses Th. 2 S. 285—287.

bestritten diese Lehre mit triftigen Gründen.

Digitized by Google

Reconventen pflichtig. Vermöge der bestehenden Verfassung der Landschaft müssen die derselben gehörigen Papiere im landschaftlichen Archiv aufbewahrt werden. Durch das Erbieten der Reconvenienten, dem Reconventen verstatten zu wollen, dieses Archiv an Ort und Stelle zu inspiciren, demselben durch den zur Aufbewahrung aller landschaftlichen Scripturen angestellten Beamten die Registraturen über selbige vorlegen, ihm auch jede andere etwa erforderliche Aufklärung ertheilen lassen zu wollen, ist alles geschehen, was erforderlich erscheinen kann, um dem Reconventen die etwa im Besitze der Landschaft befindlichen, zu seiner Vertheidigung dienlichen Documente, deren Erheblichkeit von ihm selbst zu beurtheilen ist, zugänglich zu machen. Dagegen kann das Verlangen, daß die Reconvenienten dergleichen Documente im Archiv behufs ihrer Edirung aufsuchen, oder gar das ganze, seiner Bestimmung gemäß auf R. aufzubewahrende Archiv zum gedachten Zwecke an das Gerichtslocal, wo der Streit geführt wird, zu transportiren, um so weniger Beachtung finden, als hiebei der Reconvent, auf dessen Kosten allein der Transport geschehen würde, kein erhebliches Interesse hat. Solchemnach kann der von den Reconvenienten annoch auf Verlangen zu leistende Editionseid nur auf solche landschaftliche Papiere, die etwa im Archiv nicht befindlich seyn möchten, sich erstrecken.

Erk. des OAG. in Kiel vom 11 Jänner 1837. (P.)

104.

Eideszuschiebung zum Beweise der Größe eines erlittenen Schadens als unzulässig verworfen.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung heißt es:

Nach heutigen Proceßgrundsätzen kann der Entscheidungseid nur reine Thatsachen zum Gegenstand haben. Die Schätzung der Größe des von dem Kläger behaupteten Schadens setzt besondere Sachkenntniß voraus, und ist daher durch Eideszuschiebung nicht herzustellen. Ohne rechtliche Gewißheit über die

Größe des Schadens kann aber der erkannte Beweis (der Existenz und der Größe des Schadens) überall nicht erbracht werden, und schon deßhalb erscheint die Eideszuschiebung über den Beweissatz nicht statthaft.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 28 Oct. 1854. (P.)

105.

Unzulässigkeit der Eidesdelation über prästirte Diligenz.

In den oberstrichterlich gebilligten Motiven eines Erkenntnisses des holsteinischen O.-Gerichts heißt es:

Ueber die Frage, ob mit gehöriger Diligenz verfahren sey, stellt sich die Eidesdelation als ein unzulässiges Beweismittel dar, da derselben nicht ein einfaches, objectiv erkennbares Factum sondern ein Urtheil zum Grunde liegt, wobei alles von dem subjectiven Ermessen des Schwörenden abhängig seyn würde.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 16 Febr. 1842. (P.)

106.

Glaubenseid.

Vgl. Bd. 6 Nr. 80.

So richtig es im allgemeinen auch ist, daß durch den Eid wie durch jedes andere Beweismittel eine formell objective Wahrheit begründet werden soll, und daß dieß durch einen Eid, welcher bloß ein „Glauben" und „Dafürhalten" bekundet, nicht zu bewirken steht;

Reinhardt, Handb. des Processes Th. II. §. 238;

so hält dennoch eine anerkannte Praxis bei Schiedseiden dergleichen juramenta credulitatis et ignorantiae zur Motivirung einer richterlichen Entscheidung für vollkommen hinreichend, sobald es sich nur um die Bekräftigung eines factum alienum oder sonstige Umstände handelt, welche der Delat nicht selbst wahrgenommen haben kann.

Digitized by Google

Hier wird ihm nicht zugemuthet, den Eid de veritate zu leiſten,

Schneider, die Lehre v. rechtl. Beweiſe §. 578,

ſondern man begnügt ſich, das Nichtwiſſen und Nichtglauben beſchwören zu laſſen — eine Verbindung, welche ſchon die Reichsgeſetze geſtatten,

Vgl. Kammer-Ger.-Ord. v. 1555. Part. III. tit. XV. §. 4.
J. Reichs-Abſchd. §. 49.

und der Gerichtsbrauch allgemein angenommen hat.

Gensler, i. Arch. f. d. civil. Prax. Th. II. S. 37; Spangenberg, Prakt. Erörterungen Th. I. S. 473.

Auch unterliegt es insbeſondere keinem Bedenken, daß der Richter, vermöge der hinſichtlich der Eidesnormirung allgemein ihm zukommenden Befugniß, vollkommen berechtigt iſt, die Art und Weiſe des Schwurs, ob nämlich dieſer de veritate oder de credulitate zu leiſten ſey, amtswegen feſtzuſetzen habe.

Bochmer, in Electis jur. civil. Tom. II. Exercit. XIV, §. 15 pag. 674.

Ob.-Appell.-Erk. der Juriſten-Fac. zu Halle (Namens des OAG. zu Jena) aus d. Monat Nov. 1839. i. c. Adam Morgenroth w. Margar. verehel. Thiele. (E.)

107.

Ableiſtung eines mehreren Streitgenoſſen deferirten Eides durch einen aus ihrer Mitte.

Deferent kann nicht fordern, daß ſämmtliche Erben des Delaten ſchwören, ſondern nur, daß einer aus ihrer Mitte nach Wahl des Deferenten, nöthigenfalls nach gerichtlicher Beſtimmung für ſich und in die Seele ſeiner Streitgenoſſen den Eid ableiſte, zu welchem Zwecke der Schwörende mit einer die Eidesformel wörtlich enthaltenden Specialvollmacht ad jurandum von den übrigen Litisconſorten verſehen ſeyn muß. Denn die beſtehende durch pflichtmäßige Sorge für die Aufrechthaltung des feierlichen Ernſtes der Eideshandlung gerechtfertigte Gerichtspraxis geſtattet

Digitized by Google

den Streitgenossen, welchen ein Eid deferirt worden, die Ableistung desselben in vorstehender Art, wenigstens dann, wenn ihrer so viele sind, daß die körperliche Eidesleistung seitens aller nicht ohne Anstoß zu erregen geschehen kann.

Erk. des OAG. zu Rostock v. 27 März 1851 in Sachen P. gegen S. wegen Mäklerlohns. Sammlung v. Entsch. in Rostock. Rechtsfällen. Erste Forts. S. 177.

108.

Eidesleistung vor einem requirirten Gerichte.

Vgl. Bd. 6 Nr. 85, 86.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wird mitgetheilt:

Es erleidet die Regel, daß eine Eidesleistung der hier fraglichen Art (es handelte sich von einem zugeschobenen Eide) bei dem Gerichte der anhängigen Sache zu beschaffen ist, da eine Ausnahme, wo der zur Ableistung des Eides Verpflichtete durch Krankheit verhindert wird, sich bei diesem Gerichte in Person zu stellen. Das letztere ist durch die vom (schwurpflichtigen) Kläger beigebrachten ärztlichen Atteste ausreichend bescheinigt . . . . . Zu einer einstweiligen Aussetzung des weiteren gerichtlichen Verfahrens, zumal auf völlig ungewisse Zeit, erscheint der Kläger wider seinen Willen nicht verpflichtet, und hat daher die erbetene Requisition des betreffenden Hamburger Gerichts zur dortigen gerichtlichen Eidesableistung nicht versagt werden können.

Erk. des OAG. zu Rostock vom 15 Mai 1851 in Sachen S. u. Comp. gegen J. G. H. p. debiti. Sammlung von Rostock. Rechtsfällen. Erste Forts. S. 178.

109.

Erfüllungseid über den directen Gegenbeweis.

Auf einen Erfüllungseid über den directen Gegenbeweis kann überhaupt niemals erkannt werden, indem die Abwägung

Digitized by Google

der von den Parteien gelieferten Beweis- und Gegenbeweisgründe, sofern der Beweis darnach für vollständig geführt oder für gänzlich verfehlt zu halten ist, nur auf den Erfüllungseid für die Partei, welcher der Beweis obliegt, oder zum Reinigungseid für den Gegner führen kann.

Beschl. des OAG. zu Cassel v. 12 Nov. 1842 (8250). Heuser, Annalen. Jahrgang II. S. 314.

110.

Außergerichtliches Geständniß. Eidesantrag darüber.

In den Motiven zu einem oberstrichterlichen Erkenntnisse kommt folgendes vor:

Der zu Eid gestellte Beweisartikel lautet: „Wahr. Beklagte S. hat noch während ihrer Ehe mit S. sich gerühmt, daß sie mit ihrem nachherigen Ehemanne, L. zu O., versprochen sey und ihn heirathen werde."

Mit diesem Eide war sie allerdings zu verschonen. Bezweckt wurde mit demselben der Nachweis eines außergerichtlichen Geständnisses über ein angeblich zwischen der Verklagten und ihrem nachherigen Ehemanne damals schon bestandenes Eheverlöbniß. Es fragt sich aber: was würde durch diese außergerichtliche Aeußerung dargethan werden, wenn die Beklagte diesen Eid nicht leisten könnte — wenn also jene Aeußerung erwiesen würde? Verläßt man auch ganz die sonst angenommene Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnissen und die Meinung im allgemeinen, daß ein außergerichtliches Geständniß für sich allein nichts wirke, vielmehr nur durch andere Beweismittel unterstützt dieß vermöge,

Leyser, Medit. ad Pand. Vol. VII. specim. 473 medit. 2.

und nimmt man die wohl richtigere Meinung an, daß nur die Art und Weise wie, und die Umstände und Verhältnisse unter welchen das Geständniß erfolgte, ohne Unterschied, ob es gerichtlich oder außergerichtlich sey, dessen Wirksamkeit bestimmen könne;

Weber, über die Beweisführung im Civilprocesse VI, 13 bes. S. 92,

Digitized by Google

so ist doch so viel unbestritten, daß, da niemand die Zwangspflicht hat, jedem seiner Mitbürger die Wahrheit zu sagen, wenn er ihm nur nicht durch Unwahrheit schadet, der Hauptpunkt bei Beurtheilung der Frage, ob eine Aeußerung als wirksames Geständniß anzusehen sey? der Umstand ist, ob die Aeußerung mit Ernst und Ueberlegung und in der Absicht geschah, dadurch ein Geständniß abzulegen (animus confitendi); oder ob die Erklärung nur beiläufig und aus anderen Ursachen erfolgte. Während in diesem letzteren Falle eine solche Aeußerung in der Regel wenig oder gar keinen Effect haben kann, läßt sich das erstere nur aus den Nebenumständen beurtheilen. Eben darin besteht der Vorzug des gerichtlichen vor dem außergerichtlichen Geständnisse, daß bei ersterem in der Regel jene Umstände klar vorliegen, bei dem letzteren nicht so.

Strube, rechtliche Bedenken, edit. Spangenberg, 3. Bd. Bed. 503 (I, 159); Tevenar, Theorie d. Beweise im Civilproceß, 3. Ausg. von Jury, 1805 S. 97; Gensler, im Archiv f. civilist. Praxis 1. Bd. Nr. III. S. 49 beſ. Not. **); Martin, Lehrb. d. gem. teutsch. bürgl. Proc. edit. 11 §. 128 Not. l.

Daß aber bei Beurtheilung solcher Nebenumstände mit der größten Vorsicht zu Werke gegangen, daß Zeit, Ort, Personen, Veranlassung u. s. w. der Aeußerung genau geprüft werden müssen, und daß unbestimmte Aeußerungen, bei welchen ob und was eine Person zugestehen wolle, ungewiß bleibt, weder den Namen noch die Wirkung eines Geständnisses verdienen, liegt am Tage.

v. Gönner, Handb. des Processes 2. Bd. Nr. XLIII. §. 9 S. 377; Linde, Lehrb. des Civilprocesses. 3. Ausg. §. 256 S. 358 f.

Wollte man aber auch die Meinung derer annehmen, welche nicht zu dem Geständnisse die Absicht zu bekennen verlangen, und wollte man zugeben, daß auch solche Geständnisse berücksichtigt werden müssen, bei welchen diese Absicht nicht vorliegt, und die bloß auf ihre innere Glaubwürdigkeit gegründet sind, so ist dann zu ihrer Beweisfähigkeit doch mindestens eine möglichst ins Einzelne gehende Erklärung erforderlich.

Schweppe, das röm. Privatrecht. 4. Ausg. 1. Bd. §. 150 S. 318.

Nach allen diesen Principien, die durch den Eid, oder viel-

Digitized by Google

mehr durch Nichtableistung des Eides in dem vorliegenden Falle zu beweisende Aeußerung geprüft, ergibt sich, daß nicht ein einziger Nebenumstand vorliegt, aus welchem nur irgend sich beurtheilen ließe, welches Gewicht die fragliche Aeußerung haben könnte. Ganz allgemein würde dadurch nur erwiesen werden, daß die Beklagte sich einmal bei Lebzeiten ihres verstorbenen Mannes gerühmt hätte, mit ihrem zweiten Ehemann verlobt zu seyn. Aber wann, wie, gegen wen und unter welchen Umständen diese Aeußerung geschehen sey, oder gar ein animus confitendi — dieß alles ist nirgends zu ersehen. Der Ausdruck „gerühmt" gibt vielmehr ziemlich deutlich zu verstehen, daß die Verklagte in gewisser Art mit dieser Aeußerung geprahlt, nicht daß sie dieselbe als eine ihr nachtheilige Thatsache, wohl wissend was ein solches Geständniß für Folgen haben könne, habe bekennen, eingestehen wollen u. s. w.

Erk. der Schöppen zu Halle, gefällt Namens des OAG. zu Jena de publ. 29 Oct. 1836 i. c. Geschw. Salzmann w. Wittwe Salzmann. (E.)

111.

Eintreten des richterlichen Ermessens bei der Bestimmung der Größe eines Schadensersatz-Betrags.

Eine Gerechtsame, welche früher vom Staate einer städtischen Corporation gegen einen jährlichen Canon von 80 Th. eingeräumt worden war, mußte später zum Theile (an den Staat) wieder abgetreten werden. In Folge dessen wurde Ermäßigung des Canons auf die Hälfte verlangt. In dem hierüber erhobenen Processe sollte der (verklagte) Stadtrath beweisen, wie viel von dem fraglichen Canon auf den wieder abgetretenen Theil der Gerechtsame zu rechnen sey. Da der unternommene Beweis mißlang, so verurtheilten die Gerichte erster und zweiter Instanz den Verklagten zur Fortzahlung des ganzen Canons. In der dritten Instanz erfolgte abänderndes Erkenntniß. Aus den Motiven entnehmen wir was folgt:

Digitized by Google

Bei dem früheren Beweisinterlocut ist das Recht des Beklagten auf Minderung des Canons an sich als begründet angenommen, und nur das Quantum, um welches Minderung eintreten soll, zum Beweis ausgesetzt worden. . . . . Hat nun auch der von dem Beklagten angetretene Beweis kein bestimmtes Quantum ergeben, und können daher die Behauptungen des Beklagten, weil sie unerwiesen geblieben, keine Norm für die Minderung des Canons abgeben, so bleibt doch noch immer eine andere Art der Abschätzung, und zwar die nach dem Ermessen des Richters übrig, welche in analogen Fällen als subsidiarisches Mittel bei Entschädigungsverbindlichkeiten zur Eruirung des zu ersetzenden Betrags ausdrücklich in den Gesetzen anerkannt ist.

Fr. 4 §. 4; fr. 5 §. 3 de in litem jurando, (12, 3)
fr. 15 §. 9 quod vi aut clam (43, 24).
Puchta, über die Gränzen des Richteramtes §. 37 S. 135 ff.

Diese richterliche Abschätzung kann auch, weil sie officio judicis eintritt, durch das Beweisinterlocut und das Mißlingen des Beweises des Beklagten, nicht für ausgeschlossen gehalten werden. . . . .

Erk. des OAG. zu Jena v. 23 Juli 1840 in S. Kammerfiscus w. den Stadtrath zu Neustadt. (St.)

112.

Executivproceß. Einrede mehrerer Streitgenossen. Consulats-Atteste.

Die Handlung von W. L. Voorduin, als Rechtsnachfolger der Handlung Schultheis, Voorduin u. Compagnie „in Liquidation" zu Rotterdam, hatte gegen die S. aus einer Bürgschaftsurkunde über 2000 fl. eine Executivklage erhoben. Zum Nachweise der Activlegitimation hatte sich der Inhaber der klagenden Handlung auf eine abschriftlich einregistrirte, von einem Notare beglaubigte, in holländischer Sprache abgefaßte Urkunde, welcher eine deutsche, von dem großherzogl. hessischen Consul zu Rotter-

Digitized by Google

dam als treu beurkundete Uebersetzung beigefügt war, berufen; ebenso auf eine Bescheinigung dieses Consuls, daß durch den Austritt des nach Inhalt der Notariatsurkunde einzigen Compagnons der früheren Firma der Kläger alleiniger Inhaber dieser Handlung, und zur Geltendmachung aller Activen derselben allein berechtigt sey; daß derselbe ferner in Folge dessen die Handlung unter der alten Firma bis 31 Januar 1852 für alleinige Rechnung fortgesetzt, mit diesem Tage aber beendigt habe, wonach derselbe die Ausstände der Firma für alleinige Rechnung einzuziehen und so für diesen Zweck jener Firma unter Beifügung der Worte „in Liquidation" sich zu bedienen, nach den Rechten des Königreiches bezüglich des Platzes Rotterdam unbezweifelt befugt sey. Dieß stimmte im wesentlichen mit der Notariatsurkunde, in welcher Voorduin und Schultheis als die alleinigen Inhaber der Firma Schultheis, Voorduin u. Comp. aufgeführt sind und einem von der Beklagten selbst zum Beweise der Auflösung des ursprünglichen Geschäftes vorgelegten, gedruckten Circulaire vom 31 Jan. 1852 überein, in welchem W. L. Voorduin die Auflösung seines bisherigen Geschäftes unter der Firma Schultheis, Voorduin und Comp. anzeigt mit dem Bemerken, daß die Liquidation unter seiner gewöhnlichen Handzeichnung geschehe unter Beifügung der Worte: in Liquidation.

Im Productionstermine wurde auch noch die Originalurkunde, unterzeichnet von Voorduin und Schultheis, über die Auflösung ihres Geschäfts, und von welcher die einregistrirte Urkunde abgeschrieben war, vorgelegt.

Darnach wurde in zwei Instanzen die Activlegitimation als hergestellt angenommen. In der dritten Instanz wurde aber die Executivklage in der angebrachten Weise verworfen, weil wegen des Zusatzes in der alten Firma „und Compagnie" noch urkundlich hätte dargethan seyn müssen, daß außer Schultheis und Voorduin kein weiterer Gesellschafter vorhanden gewesen sey; die vorgelegte Vereinbarung constatire an sich nur das Rechtsverhältniß zwischen Schultheis und Voorduin. Allerdings habe der Kläger in der Regel nicht die Negative zu beweisen, daß außer ihm kein Mitberechtigter vorhanden sey, allein wenn aus dem

Wortlaute und Compagnie (solange er nicht als leere Firma-Floskel nachgewiesen sey) die Annahme von noch weiteren Mitberechtigten zu entnehmen, so sey damit schon die exceptio plurium litis consortium begründet, und hätte von dem Kläger durch einen Replikbeweis entkräftet werden müssen. Dem Consul könne zwar die Befugniß eingeräumt werden, die Treue der Uebersetzung zu beurkunden, zu den übrigen Bescheinigungen sey er aber nicht competent. Aus dem Circulaire könne nur das entnommen werden, was Beklagter damit hätte beweisen wollen, nämlich die Auflösung der ursprünglichen Handlung, der übrige Inhalt brauche nicht von ihr anerkannt zu werden und beweise als einfache Scriptur pro scribente nichts. Die einregistrirte Urkunde sey nur eine Abschrift gewesen, und brauche deßhalb nicht von der Beklagten eidlich diffitirt zu werden. Die Wirkung der officiellen Einregistrirung könne nicht beurtheilt werden, weil der Text der deßfalls in Rotterdam geltenden Bestimmungen nicht vorgelegt worden sey.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 24 Nov. 1854 (in Sachen Voorduin w. Seipps Wittwe zu Gießen). Lit. V. Conv. 5.

(Z.)

113.

Die Provocation zur Klage ist nicht gestattet, wenn der Provocant selbst klagen kann.

Vgl. Bd. 3 Nr. 385.

K. provocirte den W. ad agendum, weil derselbe für sein Grundstück an demjenigen des Provocanten eine Servitut zu haben behaupte, und solche ausübe, während doch demselben die fragliche Befugniß nur precario zugestanden sey. Das schleswigsche Obergericht gab das erbetene Provocationsmandat ab, welches aber vom Obergerichte zu Kiel wieder aufgehoben wurde. In den Motiven heißt es: der Provocat befindet sich unbestritten in der Ausübung des behaupteten Rechtes, seine Feuerung auf dem Hofplatze des Provocanten abzuladen, und die Parteien sind nur

Digitized by Google

darüber nicht einverstanden, ob diese Ausübung bloß bittweise oder in Folge einer dem Provocaten vorgeblich ertheilten, nicht als bloße Vergünstigung aufzufassenden Zusage stattgefunden habe. Zufolge der rechtlichen Natur der Provocation zur Anstellung einer Klage, nach welcher sie sich nur als ein aushülfsweise gestattetes Rechtsmittel für den Fall darstellt, wo es dem Provocanten an einer Klage mangelt, erscheint dieselbe in dem Falle nicht zulässig, da der Provocant in seinem Rechte sich schon für verletzt hält und eben deßhalb zur Anstellung einer Klage schreiten kann. Eine Rechtsverletzung aber würde, wenn das Vorgeben des Provocanten seine Richtigkeit hätte, schon in der unbefugten Ausübung der streitigen Abladung liegen.

Erk. des OAG. in Kiel v. 17 Aug. 1842. (P.)

114.

Einfluß einer Edictalladung auf die sonstige Zuständigkeit des angegangenen Gerichts.

Der canzleisässige (d. h. in erster Instanz dem Mittelgerichte unterworfene) Steuerdirector J. hatte in Bezug auf ein von ihm verkauftes, unter der Jurisdiction des Stadtgerichts zu Verden stehendes Haus bei diesem Gerichte eine Edictalcitation hinsichtlich aller vermeintlichen dinglichen Ansprüche erwirkt. Mit einem angemeldeten Anspruche war zugleich ein Arrestgesuch rücksichtlich der auszuzahlenden Kaufgelder verbunden. Das Stadtgericht zu Verden erachtete sich zur Entscheidung über dieses Gesuch für unzuständig, wogegen das appellando angegangene Mittelgericht annahm, daß der Steuerdirector J. durch Antrag auf Edictalladung beim Stadtgerichte zu Verden auch der Verhandlung der angemeldeten Rechte vor diesem Gerichte stillschweigend sich unterworfen habe.

In höchster Instanz wurde indessen die Auffassung des Untergerichts gebilligt. Es könn enäm lichnicht angenommen werden, daß die von dem Steuerdirector J. erwirkte Edictalcitation den Zweck gehabt habe, seine Realgläubiger zur Klagbarmachung

Digitized by Google

zu provociren und unter Entsagung des ihm zustehenden privilegirten Gerichtsstandes sich der Jurisdiction des Stadtgerichts zu Verden, in Ansehung der Verhandlung der anzumeldenden Realrechte, zu unterwerfen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 5 Nov. 1846 in S. des Dr. jur. L. zu Gisthorn uxor. nme. w. den Steuerdirector J. zu Verden wegen Forderung, modo Competenz des Gerichtsstandes. (Hdf.)

115.

Vollzug eines Erkenntnisses auf Quittungs-Ertheilung.

Der Bauer H. und dessen Ehefrau brachten gegen die in unbekannter Ferne abwesenden Geschwister K. klagend vor: In dem von diesen veranlaßten freiwilligen, öffentlichen und gerichtlichen Verkaufsverfahren bezüglich der von ihrem Vater auf sie übergegangenen Immobilien seyen ihnen, Klägern, verschiedene (näher bezeichnete) Liegenschaften gerichtlich adjudicirt worden und hätten sie den Verkäufern das Kaufgeld bezahlt, jedoch von denselben noch keine solche Quittung darüber erhalten, auf welche hin das wegen rückständigen Kaufgeldes im General-Währschafts- und Hypothekenprotokolle eingetragene Pfandrecht gelöscht werden könne. Es werde daher gebeten, die Verklagten öffentlich zu laden und demnächst zur Ertheilung einer solchen Quittung schuldig zu sprechen. Die Verklagten wurden auf gepflogenes Verfahren nach dem Klagantrage verurtheilt. Zum Zweck des Vollzugs stellten nun Kläger, nach fruchtlos abgelaufener Paritorialfrist, den Antrag: die von den Verklagten judicatmäßig zu bewirkende Quittungsausstellung *als vollzogen anzunehmen* und demgemäß die *Löschung* der entsprechenden Hypothek zu *verfügen*. Der in solcher Weise gestellte Antrag wurde zurückgewiesen. Oberstrichterliche Motive:

In der Verurtheilung der Verklagten zur Ausstellung einer zur Löschung der in Frage stehenden Hypothek geeigneten Quittung liegt der diese Verurtheilung wesentlich bedingende stillschweigende

Ausspruch des Gerichts, daß die hypothekarische Schuld bis zu dem zu quittirenden Schuldbetrage getilgt und erloschen sey. Dieser Ausspruch aber, dessen Rechtskraft vorausgesetzt, ist in seiner Bedeutung und Wirkung der Ausstellung der Quittung selbst gleichzuachten. Mithin ist bei dargelegter Weigerung der Verklagten, dem verurtheilenden Erkenntniß Genüge zu thun, ein Antrag der Querulanten auf Hülfsvollstreckung sachgemäß nur auf Ertheilung einer solchen richterlichen Bescheinigung zu richten, welche sowohl den Inhalt des betreffenden Erkenntnisses und den Eintritt der Rechtskraft desselben begreift, als auch ausdrücklich als eine die Stelle der Quittung vertretende Urkunde sich bezeichnet und in dieser Beschaffenheit die Querulanten (Kläger) in den Stand setzt, in gleicher Weise, wie mittelst der entsprechenden Quittung, die Hypothekenlöschung, und zwar als einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gehörigen Orts zu erwirken.

Hiernach ist dem vorliegenden Antrage der Querulanten auf Hülfsvollstreckung, insbesondere in seiner Richtung auf die von dem Proceßrichter unmittelbar zu verfügende Hypothekenlöschung, mit Recht die Berücksichtigung versagt worden [1]).

Erk. des OAG. zu Cassel vom 18 Febr. 1854. Heuser, Annalen. Jahrgang II S. 308.

---

1) Der Proceßrichter würde wohl die Gränzen seines nobile officium nicht überschreiten, wenn er, statt die beantragte Verfügung zu erlassen, die Ertheilung der oben gezeichneten Bescheinigung beschlossen hätte. S.

I. Civilrecht.

116.

Unterſchied zwiſchen Gewohnheitsrecht und Verjährung.

Vgl. Bd. 1 Nr. 3.

Zur Begründung einer Klage gegen einen ſeiner Mühlzwangsgäſte berief ſich ein Müller theils auf 30jährige, event. unvordenkliche Verjährung, theils auf ein ſeiner Behauptung nach in dem fraglichen Mühlendiſtrict beſtehendes, aus dem allgemeinen Bewußtſeyn der rechtlichen Nothwendigkeit hervorgegangenes und darauf ſich ſtützendes Herkommen (Gewohnheitsrecht), demzufolge die Zwangsgäſte auch ihr Schrot auf ſeiner Mühle mahlen zu laſſen hätten. Die Klage wurde, ſoweit ſie auf das behauptete Gewohnheitsrecht geſtützt war, vom Schleswig'ſchen Obergerichte als nicht begründet abgewieſen. In den oberſtrichterlich gebilligten Entſcheidungsgründen heißt es: Das Gewohnheitsrecht hat allerdings Anſpruch auf Anerkennung als Entſtehungsgrund allgemeiner Rechtsregeln, unter deren Herrſchaft, unter beſtimmten Vorausſetzungen, Rechtsverhältniſſe der betheiligten Perſonen ſich bilden können; allein nicht als unmittelbarer Entſtehungsgrund für beſtimmte concrete Rechtsverhältniſſe; und da es ſich in dem vorliegenden Falle nicht von einer allgemeinen Rechtsregel, ſondern von einem beſtimmten Rechte des Klägers gegen den Beklagten handelt, ſo hat das von jenem behauptete Herkommen keine Berückſichtigung finden können. Mag auch die Mehrzahl der Eingeſeſſenen des N... Mühlendiſtricts bisher ihr Korn zum Schroten dem Müller zugeſchickt und ſich hiezu verpflichtet erachtet haben,

Digitized by Google

so kann doch durch diese Ansicht über ein bestehendes Rechtsverhältniß der Müller nicht einen Anspruch erworben haben, für den er einen anderen besonderen Entstehungsgrund nachzuweisen nicht im Stande ist.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 3 März 1847. (P.)

117.

Verjährung bei terminlichen Leistungen (Renten).

Bd. 1 Nr. 156; Bd. 2 Nr. 15 (S. 16 a. E.) u. 126, 128; Bd. 3 Nr. 138.

Auch das OAG. zu Celle gieng von der Ansicht aus,

„daß der Umstand allein, daß während eines sonst zur Verjährung ausreichenden Zeitraums die (jährlich zahlbare) Rente zu einem geringeren Betrage, als der eingeklagte, entrichtet worden, zur Verjährung des Rechts selbst noch nicht für genügend zu achten ist. Die Klage wegen des Rechts selbst auf die Zahlung der in dem Vertrage vom Jahr 1494 bedungenen Rente konnte nicht erhoben werden, bevor dieses Recht als nicht bestehend angefochten oder bestritten war; es ist aber vom Beklagten keine Thatsache angeführt, aus welcher ein solcher Widerspruch hervorgienge."

In der fraglichen Rechtssache waren auch die beiden vorinstanzlichen Entscheidungen von demselben Grundsatze ausgegangen. Das Erkenntniß erster Instanz hatte dabei ausdrücklich auf

C. 7 §. 6 de praescr. XXX. vel XL. annor. (7, 39)

Bezug genommen, auch hervorgehoben, daß in concreto jedenfalls eine periodische Leistung in Frage stehe, die nicht, wie Zinsen, eine rein accessorische Natur habe.

In der Entscheidung des zuständigen Mittelgerichts hieß es in dieser Beziehung:

„Die temporär unterlassene Eincassirung des jährlich fälligen Zinses der fraglichen Capitalrente während rechtsverjährter Zeit hat, bekannten Rechten nach, nur den Verlust der Klage auf die einzelnen betreffenden Zinsprästationen, aber nicht auf die Rente selbst zur Folge."

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Celle (3ter Senat) vom 3 Oct. 1854 in S. des Magistrats der Stadt Celle w. den Magistrat zu Hildesheim. (Hdf.)

118.

Die durch langjährige Zahlung geringerer, als der stipulirten, Zinsen begründete gesetzliche Vermuthung findet beim Rentenkauf keine Anwendung.

In einem Rechtsstreite handelte es sich um den wirklichen Werth einer bereits im Jahre 1494 verkauften Rente von 16 rheinischen Gulden. Gestützt auf

fr. 13 de usuris (22, 1) und
C. 5 de usuris (4, 32)

stellte das Gericht erster Instanz folgendes Princip auf:

„Die gesetzliche Bestimmung, daß wenn ein Schuldner längere Zeit hindurch geringere Zinsen, als die ursprünglich stipulirten, gezahlt hat, die höheren sowohl für die Vergangenheit, als für die Zukunft als stillschweigend erlassen angesehen werden sollen, muß bei Renten eine analogische Anwendung erhalten."

In den höheren Instanzen ward indessen diese Ansicht für unbegründet erkannt, von dem höchsten Landesgerichte,

„weil die gesetzlichen Bestimmungen, welche bei Zinsen eine Vermuthung für den stillschweigenden Erlaß der zu wenig gezahlten Zinsen aufstellen, bei der besonderen Beschaffenheit des Rentenkaufs auf diesen keine Anwendung finden."

Erk. des OAG. zu Celle (3ter Senat) vom 3 Oct. 1854, in S. des Magistrats der Stadt Celle wider den Magistrat der Stadt Hildesheim. (Hdf.)

119.

Verjährung gegen Dorfgemeinden.

Vergl. Bd. 3 Nr. 137, 297.

Auf dem Grunde eines constanten Gerichtsgebrauchs hat das württembergische Obertribunal den Grundsatz angenommen,

Digitized by Google

daß auch gegen Dorfgemeinden nur die 40jährige Verjährung stattfinde. Beschluß vom 14 October 1845.

Dieser Grundsatz wurde selbst bei Streitigkeiten über solche Gerechtsame angewendet, welche, wie z. B. das den Bürgern einer Gemeinde zustehende Weiderecht in einem herrschaftlichen Walde, nicht zum Vermögen der juristischen Person der Gemeinde unmittelbar gehören, sondern als aus dem Gemeindeverbande fließende Befugnisse der einzelnen Bürger sich darstellen und von den Einzelnen ausgeübt werden.

Entscheidungen des Obertribunals zu Stuttgart vom 26 Jul. 1844; 23 März 1846. (v. H.)

120.

Unvordenkliche Verjährung. Umfang der Wirksamkeit und Voraussetzungen derselben.

Vergl. Archiv Bd. 1 Nr. 4, 5, 169, 183; Bd. 5 Nr. 55, 113, 250, 251; Bd. 6 Nr. 143, 144; Bd. 7 Nr. 5, 269; sodann Bd. 2 Nr. 15 u. 147.

Die Ausführungen Savigny's über den Umfang der Wirksamkeit der unvordenklichen Verjährung in Bezug auf die derselben unterworfenen Rechte,

System. Bd. 4 §. 195 ff.

haben anscheinend, namentlich auch nach den in diesem Archive mitgetheilten Entscheidungen, in der Praxis der höchsten Landesgerichte keine Anerkennung gefunden. Aber auch abgesehen von der Savigny'schen Theorie herrscht in den Ansichten der Rechtslehrer und Praktiker über jenen Umfang keineswegs Uebereinstimmung.

Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre, §. 147 S. 523 u. 524.
Puchta's Pandekten (3te Aufl.) §. 77.
Mühlenbruchs Pandektenrecht (3te Aufl.) §. 123 und 265 sub 2 und 3.
Pfeiffers praktische Ausführungen Bd. 2 p. 12 ff.; Bd. 1 p. 77 (Archiv II, 15.)

Die namentlich von Mühlenbruch vertretene, von Unterholzner als die gewöhnliche bezeichnete Ansicht,

daß Gegenstand der unvordenklichen Verjährung alles ist, was zum Rechtsgebiete von Privatpersonen gehören kann, sobald dabei nicht alle Verjährung ausgeschlossen ist,

scheint nach der allgemeinen Fassung des Bd. 1 Nr. 169 dieses Archivs mitgetheilten Erkenntnisses des OAG. zu Celle schon früher von diesem höchsten Landesgerichte adoptirt zu seyn. Sie liegt auch einer in neuester Zeit von demselben abgegebenen Entscheidung zu Grunde.

Die von dem Magistrate zu Celle vertretene Calandsstiftung daselbst hat aus einem zu Johannis 1494 abgeschlossenen Rentenkaufe von dem Magistrate der Stadt Hildesheim eine jährliche Rente von 16 guten rheinischen Gulden zu fordern. Ausweislich der Calandsregister ist die fragliche Rente bis 1605 mit jährlich 15 Gulden 8 Mattier (4 Mgr.), von dieser Zeit bis zum Jahre 1834 mit 8 Thlr. 16 Mgr., und von da an, nach Einführung des Courantfußes im Königreiche Hannover, mit 8 Thlr. 16 ggr. 4 dl. Courant bezahlt. Nach den von dem Magistrate zu Celle eingegangenen Erkundigungen soll indessen der Werth eines guten rheinischen Guldens zu Johannis 1494 auf 2 Thlr. 2 ggr. $10^{17}/_{20}$ dl. in Golde nach jetzigem Gelde sich belaufen haben. Der Magistrat zu Hildesheim weigerte jedoch auf gestellte Anforderung die Anerkennung dieses Werths, sowie die Nachzahlung des seit der Zeit von 30 Jahren, unter Zugrundelegung jenes Werths, zu wenig gezahlten Betrags der Rente, worauf der Magistrat zu Celle die bezeichneten Ansprüche der Calandsstiftung zum Gegenstand einer Klage machte.

Der Magistrat zu Hildesheim setzte dieser Klage unter Bezugnahme auf den seit langen Jahren wirklich gezahlten Betrag namentlich die Einrede der Unvordenklichkeit entgegen.

Diese wurde indessen in erster Instanz, in Uebereinstimmung mit der Ausführung des klägerischen Magistrats, verworfen, indem das Institut der unvordenklichen Verjährung schon deßhalb keine Anwendung finde, weil es an einem Erforderniße derselben, dem Besitzstande, fehle.

Das Mittelgericht nahm dagegen, neben der Möglichkeit einer qualificirten — thatsächlich indessen nicht weiter begründeten

Digitized by Google

— Verjährung, auch die Zulässigkeit der unvordenklichen Verjährung an, und diese Ansicht fand die Billigung des höchsten Landesgerichts.

Nach der Entscheidung desselben findet das Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung auf Rechtsverhältnisse aller Art und namentlich in dem vorliegenden Falle Anwendung, indem für den rechtmäßigen Ursprung des in Rede stehenden Verhältnisses die Vermuthung streitet, auch der beklagte Magistrat wenigstens in der Duplikschrift bestimmt angegeben hat, wie er der Ueberzeugung sey, daß der fragliche Zustand als ein rechtlicher bestanden habe, und bestehe.

Erk. des OAG. zu Celle (3ter Senat) vom 3 Oct. 1854. [1])
(Hdf.)

121.

Immemorialverjährung. Beweis durch Eidesantrag.

Folgende, einem Erkenntnisse der Mittel-Instanz beigefügte Entscheidungsgründe fanden oberstrichterliche volle Billigung:

Zwar haben einzelne Rechtslehrer, z B.

Dabelow, über Verjährung. Bd. I. §. 125.

Wiese, Handb. des Kirchenrechts Th. II. §. 305.

die Zulässigkeit des Eides als Mittel zum Beweise der unvordenklichen Verjährung selbst dann in Abrede gestellt, wenn specielle Thatsachen für die Unvordenklichkeit des Zustandes angeführt werden, und es ist diese Meinung, nach den Zeugnissen von

Kind, Quaestiones forens. Tom. III. cap. LXVI. edit. II und

Pfeiffer, Prakt. Ausführungen Bd. II. S. 65 u. Bd. VII. S. 224,

hin und wieder in der Praxis angenommen worden. Allein man muß um so mehr Bedenken tragen dieser Meinung beizutreten,

---

1) In einem Schriftsatze des beklagten Magistrats wird auf ein vor einigen Jahren, in einer ganz ähnlichen Rechtssache, von dem OAG. zu Celle abgegebenes Erkenntniß Bezug genommen, in welchem das genannte höchste Gericht, ebenfalls zu Gunsten des Magistrats zu Hildesheim, von demselben Grundsatze hinsichtlich der unvordenklichen Verjährung ausgegangen ist.

Digitized by Google

als der Grund, auf welchen sie gestützt wird, daß nämlich das Unvordenkliche nicht von der individuellen Ueberzeugung abhänge, nicht richtig ist. Denn wenn schon die ununterbrochene Fortdauer eines gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei Menschenalter, in so fern damit der Besitz eines Rechtes behauptet wird, eine reine Thatsache, kein Urtheil, ist, und sich also zur Eidesdelation gar wohl eignet,

Savigny, System d. heut. röm. Rechts Bd. IV. §. 200. S. 525.

so muß die Zulassung der Eidesdelation um so unbedenklicher dann erscheinen, wenn die allgemeine Behauptung des unvordenklichen Besitzes noch durch specielle Thatsachen motivirt und die Vermuthung eines rechtlichen Erwerbes des beanspruchten Rechtes dadurch unterstützt ist.

Während daher mehrere Rechtslehrer den Eid unbedingt als gültiges Beweismittel bei der Immemorialverjährung ansehen,

Pufendorf, Observationes jur. obs. II. Nr. 55; Balett, Lehrb. des prakt. Pandekten-R. Bd. I. §. 129 b.; Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht Bd. I. S. 338; Schelling, die Lehre v. d. unvordenkl. Zeit. S. 136; Buchka, der unvordenkl. Besitz S. 51; Savigny, a. a. O.

kann über die Zulässigkeit desselben noch weniger Zweifel obwalten, wenn das Anführen specieller Thatsachen die Bedenken wegen der ohne diese zu allgemeinen Behauptungen beseitigt. Daher haben sich denn dafür unter dieser Voraussetzung auch die meisten Stimmen erklärt.

Pfeiffer, a. a. O. Bd. II. §. 25 S. 59 Not. x; v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civil-Rs. Bd. II. Abth. 1 S. 210; Sintenis, das prakt. gemeine Civil-R. Bd. I. S. 313. Anmerk. 94.

Namentlich aber ist diese Meinung im Königreiche Sachsen recipirt,

Kind, l. c.; Kori, Theorie der Verjährung §. 85,

und hier, wie in allen übrigen Ländern des sächsischen Rechtes um so gerechtfertigter, da bei dem in demselben gesetzlich noch zulässigen Glaubenseide die gemeinrechtlichen Bedenken über die Fassung der Eidesformel

Pfeiffer a. a. O. S. 64.

ganz hinwegfallen.

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Jena (verf. von der jur. Facultät zu Halle) de publ. 2 Nov. 1850. i. c. der Gemeinde Gutmannshausen w. Burckhardts Erben. (E.)

122.

Cautionsforderung, nach Beendigung des Vertragsverhältnisses.

Bei Eingehung eines Dienstvertrages hatte der Dienst-Versprecher eine Cautionsleistung zugesichert. Diese Zusicherung war bei Endigung des Dienstverhältnisses noch nicht erfüllt. Nun erst verlangte der Dienst-Empfänger die Erfüllung des Cautionsversprechens, nämlich zur Deckung von Ansprüchen aus dem beendigten Dienstverhältnisse, welche er zu haben behauptete. Diesem Verlangen wurde Gewährung nicht zu Theil. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen unter anderem:

Mit dem Momente, da der Vertrag seine Endschaft erreicht, tritt (im Falle wirklicher Cautionsleistung) die Verpflichtung des Cautionsempfängers ein, die Caution an den Cautionsbesteller zurückzuzahlen, und es kann ersterer sich hiegegen nur dadurch ganz oder theilweise schützen, daß er anführt und nachweist, wie ihm gegen letzteren noch aus dem Vertrage Ansprüche zustehen, und daß er mithin einen Compensationsanspruch geltend macht und nachweist. Hieraus folgt von selbst, daß ein, während oder bei Eingehung eines Vertrages abgelegtes Versprechen, eine Caution rücksichtlich der richtigen Erfüllung dieses Vertrages bestellen zu wollen, dann nicht mehr klagbar ist, wenn der Vertrag seine Endschaft erreicht hat. . . . . Sollten aus dem Vertrage nach dessen Beendigung Ansprüche gegen den andern Contrahenten oder gegen denjenigen, der für ihn Bürgschaft geleistet hat, gemacht werden, so ist es sodann erforderlich, diese gehörig zu specialisiren, solche zu begründen und nachzuweisen. Hiezu genügt die bloße Behauptung des Klägers, daß ihm aus dem beendigten Vertrage Ansprüche zustünden, zu deren Deckung er die Einzahlung der früher versprochenen Caution beanspruche, durchaus nicht.

Erk. des OAG. zu Dresden vom November 1852 Schmidt w. Melke. Ztschft. f. Rpfl. u. V.W. N. F. Bd. 12 S. 362.

Digitized by Google

123.

Cautionsleistung für Befreiung aus der Untersuchungshaft. Erledigung derselben durch Wiederverhaftung.

B. hatte sich bereit erklärt, behufs der Entlassung des A. aus der Haft, eine Caution von 1000 Thlr. zu bestellen, und es hat das Untersuchungsgericht dieses Erbieten angenommen und den A. auf freien Fuß gesetzt. Später wurde dessen Wiederverhaftung beschlossen, und dieser Beschluß durch 4 Gerichtspersonen ausgeführt. Er wußte sich aber der Bewachung durch diese Gerichtspersonen zu entziehen, ergriff die Flucht und gelangte in das sichere Ausland.

B. begehrte nun Befreiung von der übernommenen Haftung, und erlangte mit der deßfallsigen Klage gegen den Fiscus den Sieg Rechtens. Es wurde angenommen, B. sey bei der fraglichen Verpflichtung von der Voraussetzung ausgegangen, das Gericht werde im Vertrauen auf die gewährte Sicherheit die Wiederverhaftung bis zum Zeitpunkte der Aburtheilung nicht für nöthig halten; demzufolge sey der Kläger von seiner übernommenen Verbindlichkeit wieder frei geworden, sobald das Untersuchungsgericht den A. wieder arretirt hatte. Daß der Letztere gerade wieder ins Gefängniß gebracht worden, war nicht erforderlich, sondern es genügte die bloße Verhaftung desselben auf Anordnung des Untersuchungsrichters.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Juni 1853 (Beßler w. Fiscus). Ztschrft. für Rechtspfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 469 f.

Ein ähnlicher Fall[1]) wurde nach gleichen Grundsätzen vom OAG. zu Lübeck entschieden. „Es ist nothwendig und ausschließlich der Zustand der Freiheit des Inculpaten, für welche durch die Caution Vorsorge getroffen wird. Wird dem Inculpaten nachher die Freiheit durch das Gericht entzogen, so ist das, was durch die Caution erwirkt werden sollte, erreicht; die

1) Jedoch darin verschieden, daß sich der Inculpat nicht durch Entweichung dem Urtheil entzogen, sondern später, wieder auf freien Fuß gesetzt, sich in sichere Ferne geflüchtet hatte.

Digitized by Google

Gefahr, welche unschädlich gemacht werden sollte, hat aufgehört, und von einer Verbindlichkeit der Sistirung kann keine Rede mehr seyn. Mit der Befreiung von dieser Verbindlichkeit fällt aber auch die zu ihrer Bestärkung dienende Conventionalstrafe nach anerkannten Rechtsregeln von selbst hinweg. . . . . Es kommt nicht darauf an, aus welchem Grunde die Verhaftung erfolgte, ob deßhalb weil das Gericht ohne neue Ereignisse die ausreichende Wirksamkeit der Caution zu bezweifeln anfieng, oder weil die Anzeige neuer Verbrechen, oder, wie hier, der Verdacht von Collusionen hinzugetreten ist. . . . . Kommt der Inculpat abermals in Freiheit, und tritt dadurch die gleiche Gefahr wieder ein, so ist dieß nur durch ein neues, gar nicht vorherzusehendes und der Einwirkung des Bürgen in keiner Weise unterliegendes Ereigniß möglich. Abgesehen von dem Entweichen des Inculpaten aus dem Gefängniß, welches anerkanntermeise ein Verfallen der Caution nicht nach sich ziehen kann, liegt es ausschließlich in der Hand des Gerichtes, ob, wann und unter welchen Sicherungsmaßregeln der Inculpat wieder in Freiheit gesetzt werden soll. . . . . Die mit der nunmehrigen Freilassung des Inculpaten eintretende Gefahr kann somit in keiner Weise als eine Fortdauer und Nachwirkung der früheren angesehen werden, sie ist vielmehr eine neu entstandene, durch einen überlegten Entschluß des Gerichts selbst erst herbeigeführte. . . . Daß der Cavent außer der Gefahr, welche bei Uebernahme der Caution obwaltete, auch noch eine weitere, welche nicht vorauszusehen ist, und erst durch eine zukünftige einseitige Handlung des Gerichts möglich wird, mit habe auf sich nehmen wollen, läßt sich nicht vermuthen. . .

Lübecker OAGE. vom 28 Febr. 1852. Brem. Sammlung. Bd. III. S. 195 f.

124.

Nativitätstermin. Rechtmäßige Spätgeburt.

Die Klägerin war am 26 October 1821 vom Beklagten außerehelich erkannt worden, allein erst am 3 September 1822,

Digitized by Google

mithin mehrere Tage nach dem ersten und zweiten Tage des eilften Monats ihrer Schwangerschaft niedergekommen. Unter diesen Umständen wurde ihr auf Alimentation des Kindes gerichtetes Suchen oberstrichterlich für unstatthaft geachtet.

Gründe: Das römische Recht erklärt Spätgeburten nur innerhalb des zehnten Monats für rechtmäßig. Zwar glaubt der Anwalt der Klägerin auf

Novell. 39 c. 2.

sich beziehend, daß nach römischem Recht der gesetzliche Termin von weiterem Umfange sey. Allein dieses Gesetz kann bei der Lehre von den Spätgeburten nicht zum Beweissatz (?) gebraucht werden.

Schott, Eherecht §. 185.

Glück, Erläut. d. Pand. Bd. 2 edit. 2 S. 110.

Thibaut, Syst. d. Pand. edit. 4 §. 366.

Selbst wenn man der Meinung, welcher einige Rechtslehrer z. B. *Hellfeld*, jurisprud. for. §. 116.

zugethan sind, daß nämlich nach Beschaffenheit der Umstände auch eine eilfmonatliche Geburt für rechtmäßig gehalten werden könne, Beifall schenken wollte, so würde doch im vorliegenden Falle eine andere Entscheidung nicht erfolgen können, denn dann hätten Umstände angegeben werden müssen, welche für eine solche außergewöhnliche Spätgeburt

Vgl. Henke, Lehrb. d. gerichtlichen Medicin §. 106 edit. III.

sprächen.

Erk. des OAG. zu Jena v. 14 Jul. 1823. i. c. Hommel w. Hitzig. (E.)

125.

Gemeindesache.

Vergl. Bd. 2 Nr. 258.

Der Klage einer Gemeinde gegen die k. Finanzkammer in R., auf Anerkennung eines Weiderechts der Gemeindebürger in dem herrschaftlichen Walde G., setzte die Beklagte die Einrede des von dem Gemeinderathe ausgesprochenen Verzichts entgegen,

Digitized by Google

welchen die Kl. darum als ungültig erklärte, weil es sich hier von einem Rechte handle, welches den einzelnen Gemeindebürgern vermöge dieser politischen Eigenschaft zustehe, daher der Verzicht der einen Gemeindeglieder den andern nicht schaden könne.

Allein (heißt es in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen) da nach dem Vergleiche von 1591 die Gemeinde als die berechtigte erscheint, und die Vermögenstheile, welche zum Gemeingebrauch der einzelnen Gemeindeglieder bestimmt sind, nicht weniger zum Gemeindevermögen gehören, als diejenigen deren Genuß der Gemeinde als juristischer Person zusteht, so ist klar daß die ersten wie die letzten den gesetzmäßigen Verfügungen der das gesammte Gemeindevermögen verwaltenden Behörden unterworfen sind.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart v. 23 März 1846. (v. H.)

126.

Quasibesitz bei Schulverbands-Reichnissen.

Der Anwalt der frommen Stiftungen richtete im Jahr 1833 Namens der Schule des Städtchens H. das interdictum uti possidetis gegen zwei diesem Städtchen benachbarte kleine Gemeinden, indem er dasselbe darauf stützte, seit vielen Jahren sey statt der früheren Leistung der Lieferung von s. g. Schulscheitern (Brennholz zur Erheizung der Schulstube) für jedes die Schule besuchende Kind der Gemeinde jährlich 1 Gulden 20 Kreuzer entrichtet worden. Diese Beträge seyen von der Gemeindecasse, welche sich das Vorgelegte von den Einzelnen habe erstatten lassen, dem Schullehrer ausbezahlt worden; erst seit dem Jahr 1831 weigerten sich die beiden Gemeinden, diese Zahlungen zu bewirken, worin eine Störung des Besitzstandes liege. Diese possessorische Klage wurde in zweiter Instanz für unstatthaft erachtet, weil das in Frage stehende Recht die Annahme eines Quasibesitzes nicht zulasse. Anders urtheilte der oberste Gerichtshof, nach dem Gutachten seines Referenten, aus welchem uns mitgetheilt wurde was folgt:

Digitized by Google

Das im Possessorium verfolgte Recht des Klägers ist allerdings des Besitzes fähig. Daß bei reinen Obligationsverhältnissen, wo eine oder mehrere verpflichtete Personen als Verpflichtete erscheinen, von einem Rechtsbesitz nicht die Rede seyn könne, ist allerdings eine anerkannte Grundwahrheit. Savigny, Lehrb. vom Besitze §. 49. — Viel zu weit geht man aber, wenn man die Ausdehnung, welche der Begriff der Quasi possessio in Folge der aus neuerer Staats- und Kirchenverfassung erwachsenen Institute nach canonischem Recht und den Reichsgesetzen gewonnen hat, auf solche Rechtsverhältnisse beschränken will, welche als Lasten des Grundeigenthums erscheinen, und weiter noch alle die Rechte ausschließt, welche, wie Grundgefälle und Frohnden, den Verpflichteten zu einem eigenen Handeln nöthigen. Daß bei Rechten der letzteren Art ein Quasibesitz stattfinde, kann nach canonischem Recht, den Reichsgesetzen z. B. Instr. pac. Osnabr. §. 46, nach der Analogie der Grundsätze des canonischen Rechts über den Besitz der jura in re und der Ansicht der Rechtslehrer, z. B. Savigny, Eichhorn (Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 166), sowie nach der entschiedenen Praxis der deutschen Gerichte nicht bezweifelt werden. Aber auch Ansprüche, die nicht onera des Grundeigenthums, sind darum noch nicht insgesammt rein persönlich und des Besitzes unfähig. Savigny nimmt einen Quasibesitz nicht nur dann an, wenn das Recht auf den Besitz des Bodens d. h. die Ausübung des Grundeigenthums, sich reduciren läßt, sondern auch dann, wenn zwar nicht jene Beziehung auf Grundbesitz, wohl aber auf ein Analogon desselben denkbar ist. Roßhirt, welcher in seinem Beitrag zum 8ten Band des Archivs für die civilistische Praxis: Zur Lehre von der Ersitzung ꝛc. die Idee Savigny's weiter ausführte, zählt zu den des Besitzes fähigen unkörperlichen Sachen auch die Abgaben aus dem Kirchengemeinde-Verband, die Abgaben aus dem Gemeinde-Verband und die Zwangs- und Bannrechte. Puchta, über die gerichtlichen Klagen S. 244 — 245, nimmt einen Quasibesitz bei solchen nicht realen Rechten an, welche die Eigenschaft haben, daß sie nicht bloß gegen ein besonderes verpflichtetes Individuum, sondern gegen jeden geltend gemacht werden können,

Digitized by Google

der sich in einem ihrer Ausübung entsprechenden Verhältnisse befindet, und bemerkt dabei, daß die Praktiker hier eine Analogie mit Servituten gefunden hätten, und es sich auch hier von Verhältnissen handle, wo die Annahme eines vom Rechtsstand verschiedenen Besitzstandes Realität und praktische Brauchbarkeit habe. In Anwendung auf den vorliegenden Fall sind dem im Possessorium geltend gemachten Rechte die Merkmale nicht abzusprechen, welche die des Besitzes fähigen unkörperlichen Sachen charakterisiren. Das behauptete Recht der Schule, von jedem Kind, das aus den beklagten Gemeinden die Schule besucht, einen bestimmten Geldbetrag zu beziehen, stellt sich nicht als ein reines Obligationenrecht dar; denn es soll nicht gegen bestimmte Personen, sondern gegen alle Einwohner der beiden Ortschaften, welche Kinder in die Schule schicken, ohne allen weiteren Verpflichtungsgrund dem Kläger zustehen; die ihm entsprechende Pflicht ist lediglich durch das Incolatsverhältniß und den Besitz von die Schule besuchenden Kindern bedingt. Hier erscheint dasselbe Verhältniß, wie bei den Bannrechten, in so fern die Bannpflicht nicht auf Immobilien radicirt ist, und bei Abgaben aus dem Communal- und Kirchenverband; wird hier ein Besitz angenommen, so läßt sich kein Grund absehen, warum ein gleiches nicht auch bei Abgaben aus dem Schulgemeindeverband stattfinden soll. Ist nun das fragliche Recht des Besitzes fähig, so kommt nichts darauf an, daß er aus einem Vertrage hervorgegangen. Da alle dinglichen Rechte, bei welchen schon die Römer Besitz annehmen, durch Vertrag entstehen können, so würde diese Entstehungsart nur dann einen Grund zur Verwerfung der Klage abgeben können, wenn 1) das hier in Frage kommende Recht als subjectiv dingliches nicht durch Vertrag, oder doch nicht durch einen solchen, wie Kläger behauptet, existent werden könnte, vielmehr durch Vertrag überhaupt nur persönliche Ansprüche begründet würden; und 2) wenn aus der Behauptung des Klägers hervorgienge, daß nur auf einen Vertrag, der bloß persönliche Ansprüche begründen könne, das Recht gestützt werden sollte. An diesen Voraussetzungen gebricht es aber. Die Möglichkeit der vertragsweisen Entstehung des fraglichen Rechts, welche nur als Ver-

Digitized by Google

wandlung eines früher bestandenen Rechts auf Naturalprästation in das einer Geldleistung erscheint, kann nicht bezweifelt werden. Ein Vertrag mit einzelnen, wenn auch allen Einwohnern der Gemeinden, kann allerdings ein subjectiv-dingliches Recht nicht begründen, indem sich diese nur persönlich verpflichten könnten: wohl aber kann dieses ein Vertrag mit der Gemeinde bewirken. Diese kann, wenn sie auch in der Regel durch ihre Verträge nur als Corporation sich verbindet, und nicht das Recht hat, den einzelnen Gemeindegliedern durch Verträge mit Dritten Lasten aufzubürden, doch nach Umständen dadurch Einzelne verpflichten; namentlich können subjectiv-dingliche Lasten der einzelnen Gemeindeglieder in solcher Weise modificirt und verwandelt werden. Beispiel: Die Verträge mit Gemeinden wegen Ablösung von Frohnden, Verwandlung von Zehnten, insbesondere wegen Verwandlung der Naturalleistungen an die Schulen (Hindeutung auf das [großh. hessische] Edict vom 6 Jun. 1832 über das Volksschulwesen, das im Art. 45 ausdrücklich ausspricht, daß durch solche Verträge Einzelne verpflichtet werden können). Ihren ursprünglichen dinglichen Charakter verlieren solche Rechtsverhältnisse nicht; die Verbindlichkeit wird dadurch nicht in eine reine Vertragsverbindlichkeit der Gemeinde verwandelt, auch wenn, wie dieses bei Abgaben an Schulen vorgeschrieben ist, die Gemeinde die Erhebung besorgen und an den Berechtigten abliefern muß.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 12 December 1837.

(Bopp.)

127.

Eigenthumserwerb durch lithographische Zeichnung.

Nach der bestimmten Entscheidung des §. 34 Inst. de rerum divisione (2, 1) soll in dem Falle: si quis in aliena tabula pinxerit, tabula picturae cedere. Diese Worte passen zwar nicht geradezu auf den Fall, da jemand auf einer Steinplatte eine Zeichnung entworfen hat, und können das auch nicht, weil diese Verfahrensart neueren Ursprungs ist. Allein nach der aus-

Digitized by Google

drücklich der gesetzlichen Entscheidung beigefügten ratio unterliegt es keinem Bedenken, dieselbe auch auf den Fall der Steinzeichnung (als einer Nachbildung der Malerkunst) in Anwendung zu bringen.

Erk. des Landesgerichts in Wolfenbüttel vom 22 Dec. 1835 in Sachen Trackert c. Jacobi, wegen Herausgabe zweier auf Platten lithographirter Jagdstücke, von dem dortigen Oberappellationsgerichte daselbst am 15 April 1836 bestätigt. (R.)

128.

Vindication versandter Waaren von Seite des Verkäufers in Folge eingetretener Insolvenz des Käufers. Eigenthumserwerb des Waarenbestellers durch den Spediteur. Contre-Ordre des Versenders. Beweislast.

Bei Ausbruch des Fallliments von H. und K. zu Neustadt a. d. S. befanden sich Waaren, welche die Gemeinschuldner von B. in Schwelm auf Credit erkauft hatten, in den Händen des Spediteurs F. zu Frankfurt. Der Verkäufer klagte gegen letzteren im Wege der Vindication auf Herausgabe der fraglichen (in 6 Fässer verpackten) Waaren. Der Verklagte vertheidigte sich unter anderem mit der Einrede: daß er zwei der Fässer von obigen Gemeinschuldnern an Zahlungsstatt erhalten habe, und daß ihm die vier anderen Fässer von denselben ausdrücklich [1]) verpfändet worden seyen. In Beurtheilung dieser Rechtsfrage kam es hauptsächlich auf die Frage an, ob anzunehmen, daß das Eigenthum der auf Credit verkauften Waaren bereits auf die Besteller (H. und K.) übergegangen war. Wir entnehmen aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen was folgt:

1) Da Kläger einräumt, daß er die Waaren an H. und K. auf Credit verkauft und dem Beklagten, als seinem Spediteur, ohne einen hinzugefügten Vorbehalt zur Weiterbeförderung an

---

1) Auch ein stillschweigendes Pfandrecht auf Grund der Frankfurter Wechsel-Ordnung Art. 54 war vom Beklagten in Anspruch genommen.

Digitized by Google

H. und K. zugesandt habe, so waren diese letzteren völlig befugt, das Eigenthum der Waaren, schon zu der Zeit als sich dieselben noch in den Händen des Beklagten befanden, und ohne daß eine wirkliche Weiterbeförderung an H. und K. nöthig war, durch deren Besitznahme zu erwerben und den Beklagten zu beauftragen, diesen Act der Erwerbung des Besitzes und Eigenthums als ihr Mandatar für sie vorzunehmen; sowie der Beklagte, wenn er auch (wie der Kläger behauptet) als Spediteur nur Mandatar des Klägers war, jenes Mandat von H. und K. füglich übernehmen und vollziehen konnte, da dasselbe mit dem Mandate des Klägers ganz im Einklange war, indem das wesentliche dieses letzteren Mandats nicht in der Versendung der Waaren nach Neustadt, sondern in deren Ablieferung an H. und K. bestand.

. . . . . .

2) Zu dem Erwerbe des Eigenthums durch einen Mandatar genügt aber ein unbestimmter Auftrag, eine Sache für den Mandanten in Empfang zu nehmen, nicht, sondern ist ein bestimmter Auftrag des Mandanten und der bestimmte Wille des Mandatars, für den Mandanten das Eigenthum zu erwerben, erforderlich. Ein gewöhnlicher Auftrag zur Empfangnahme der Waaren, so wie derselbe einem Spediteur von einem Kaufmanne ertheilt wird, ist keineswegs ein Auftrag zur Erwerbung des Eigenthums. Denn bei der Versendung von Kaufmannswaaren unter Kaufleuten ist es weder der alleinige noch auch nur der regelmäßige und daher zu präsumirende Zweck daß der Destinatär durch deren Besitznahme das Eigenthum daran erwerben solle, sondern es kommen dabei auch vielfache andere Zwecke vor: es können z. B. Consignationen seyn, oder Waaren, die der Absender, welcher fremde Messen bezieht, dort selbst verkaufen will, oder bloß offerirte Waaren, oder Waaren, welche der Käufer, ehe er sich über die Annahme erklärt, erst besehen, oder auch Waaren, die der aufgegebene Adressat einem Dritten, welchem sie der Absender nicht anders als gegen Zahlung oder Sicherstellung in die Hände geben will, verabfolgen soll; und da der Spediteur als solcher nicht weiß, welcher von diesen verschiedenen möglichen Fällen bei einer jeden einzelnen Ver-

Digitized by Google

sendung vorhanden sey, so ist der ihm von einem Handlungshause ertheilte Auftrag, Waaren für dasselbe in Empfang zu nehmen, welche unter der Adresse des Mandanten bei ihm eingehen, ein völlig unbestimmter, nur auf den Erwerb des Besitzes, nicht des Eigenthums gerichteter Auftrag. Daher ist es denn auch ganz gleichgültig, ob ein solcher Auftrag nur ein allgemeiner, auf die Empfangnahme aller bei dem Spediteur für den Mandanten eingehender, oder ein specieller, auf die Empfangnahme bestimmter einzelner Waaren gerichteter ist, da auch bei diesem letzteren Auftrage der obige Grund in gleichem Maße eintritt.

Anders verhält sich jedoch die Sache, wenn die Thatsache hinzukommt, daß der Besteller auch den Versender angewiesen hat, die Waaren der (im Besitz befindlichen) Mittelsperson, als seinem Spediteur, zuzusenden. Denn wenn das geschehen ist, so war es bei den in Frage stehenden Waaren, weil der Versender dieselben an den Besteller auf Credit verkauft hatte, und zum Behufe der Lieferung an sie absandte, sowohl die Absicht des Versenders, die Waaren durch deren Abgabe an den Spediteur, als Mandatar des Bestellers, dem letzteren zu tradiren, als auch die Absicht des Bestellers, daß diese Abgabe der Waaren an denselben Spediteur eine Tradition an ihn zur Uebertragung des Eigenthums seyn solle; in diesem Falle kommt es aber nicht darauf an, ob der empfangende Spediteur ebenfalls die Absicht hatte, durch die Empfangnahme der Waaren das Eigenthum derselben für den Besteller zu erwerben und ob ihm von diesem ein hierauf gerichteter Auftrag ertheilt war; sondern es genügt, daß er die Waaren in Folge seines Verhältnisses als Spediteur des Bestellers in Empfang nahm, um deren Besitz für den Besteller zu erwerben. Für diesen letzteren Satz liegt nämlich eine entscheidende Analogie in der gesetzlichen Bestimmung, daß in dem Falle, wenn es der Wille des Tradenten ist, die Sache für den beabsichtigten Erwerber an dessen Mandatar zu tradiren, um deren Eigenthum auf den ersteren zu übertragen, und ebenso dieser die Absicht hat, daß die Tradition für ihn an seinen Mandatar geschehen solle, der Mandant durch diese Tradition

Digitized by Google

das Eigenthum erwirbt, wenn auch der Mandatar die Absicht hat, das Eigenthum nicht für den Mandanten, sondern für sich selbst oder für einen Dritten zu erwerben,

fr. 13 de donat. (39, 5); Savigny, vom Besitze. §. 26;

indem sich hieraus das allgemeine Princip ergibt, daß es unter jener Voraussetzung nicht auf die Absicht des Mandatars, sondern nur auf den Act der Tradition ankommt. Hiebei macht es auch keinen Unterschied, ob der Auftrag, welchen der Besteller theils dem Versender gegeben hat, die Waaren für ihn an die Mittelsperson, als seinen Spediteur, gelangen zu lassen, theils diesem Spediteur, dieselben als sein Spediteur für ihn (den Besteller), in Empfang zu nehmen, ein specieller, die bestimmten, jetzt streitigen Waaren betreffender, oder nur ein allgemeiner war. Denn so viel

erstlich den Auftrag an den Versender anlangt, so war bei diesem nach obiger Ausführung nur dessen Absicht erforderlich, die Waaren durch deren Abgabe an den Spediteur dem Besteller zum Eigenthum zu tradiren, und diese Absicht war bei den jetzt streitigen Waaren, eben weil sie an den Besteller auf Credit verkauft und zu liefern waren, in gleichem Maße auch dann vorhanden, wenn der Besteller dem Versender nur überhaupt ein für allemal den bestimmten Spediteur als seinen Mandatar designirt hatte. Was aber

zweitens den Auftrag an den Spediteur betrifft, so kann die Frage, ob ein Kaufmann, der einem Spediteur den Auftrag gegeben hat, Waaren für ihn in Empfang zu nehmen, durch deren Empfangnahme von Seiten des Spediteurs nur dann den Besitz derselben erwirbt, wenn jener Auftrag speciell auf diese bestimmten Waaren — oder auch dann, wenn solcher nur allgemein auf alle bei dem Spediteur für ihn eingehenden Waaren gerichtet war, hier ganz dahingestellt bleiben; denn wenn diese Frage in dem letztgedachten Falle verneint wird, so geschieht dieß lediglich in Folge einer Anwendung der Regel „ignoranti possessio non acquiritur.“ [2]) und es wird hierbei immer eine

2) Bezugnahme auf Savigny vom Besitz, und Schweppe, röm. Priv.-R. §. 220.

Digitized by Google

ignorantia des Mandanten vorausgesetzt; eine solche ist aber hier auf Seiten des Bestellers nicht vorhanden, da natürlich der Versender, wie dieß unter Kaufleuten immer geschieht, und worüber daher eine besondere Beweisauflage nicht erforderlich ist, bei Absendung der Waaren an den Spediteur zugleich den Besteller unter Zusendung der Facturen hievon avisirt hat. . . . . .

3) Haben im gegebenen Falle H. und K. die fraglichen Waaren (vor ihrer Insolvenzerklärung) dem Beklagten für seine Forderungen an sie resp. an Zahlungsstatt und als Faustpfand gegeben, so war in dieser datio in solutum und Verpfändung zugleich eo ipso der specielle Auftrag mitenthalten, für sie deren Besitz und Eigenthum zu erwerben, indem dieser vorgängige Erwerb eine nothwendige Bedingung der Ertheilung eines Eigenthums- und Pfandrechts an den Waaren durch H. und K. an den Beklagten war, und der Beklagte hat, indem er für sich zum Behufe seines Eigenthums- und Faustpfand-Rechtes Besitz von den schon in seinen Händen befindlichen, oder ihm nach jener Verfügung zugekommenen Waaren ergriff, uno actu auch den juristischen Besitz und das Eigenthum derselben für H. und K. erworben. Fr. 3 §. 12 de donat. inter. vir. et ux. (24, 1).

4) Der Kläger nahm im gegebenen Falle auch auf eine von ihm, dem Beklagten, ertheilte Contre-Ordre Bezug, und verlangte, der Beklagte solle außer der eben angeführten Disposition von H. und K. auch noch beweisen, daß die Verfügung von H. und K. über die Waaren stattgefunden habe, ehe dem Beklagten die Contre-Ordre des Klägers bekannt geworden sey. Hierüber heißt es in den oberstrichterlichen Motiven:

Nicht den Beklagten trifft hier die Beweislast, sondern den Kläger, welcher zu beweisen hat, daß er seinen Speditionsauftrag vor einer solchen Verfügung von H. und K. zurückgenommen habe. Denn das Verfahren des Beklagten ist durch das vom Kläger zugestandene Verhältniß, daß er dem Beklagten die Waaren ohne Vorbehalt zur Beförderung (an H. und K.) zugesandt habe, an sich völlig gerechtfertigt, und das Vorbringen des Klägers, es habe der Beklagte als sein Mandatar sich nicht mehr ein

Digitized by Google

Eigenthums- und Pfandrecht an den Waaren von H. und K. ertheilen laſſen, und zu dieſem Behufe für ſie den Beſitz und das Eigenthum erwerben dürfen, nachdem er die Contre-Ordre des Klägers erhalten habe, iſt nichts anderes als eine replica doli, wie denn auch der Kläger ſelbſt dieſes Vorbringen ausdrücklich bezeichnet hat. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 April 1849 (Braſelmann w. Faber). Frankfurter Sammlung von Römer (Boſelli). Bd. 2 S. 86 f.

129.

Erſitzung einer *servitus discontinua* bei einer Mehrheit der dienenden Grundſtücke.

Vgl. Bd. 1 Nr. 178.

In den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung kommt folgendes vor:

Wenn auch bei einer servitus discontinua . . . zum Beweiſe des Erwerbes durch Verjährung nicht verlangt werden kann, daß alljährlich Beſitzhandlungen vorgenommen worden, da, wie ſich aus den Zeugenausſagen ergibt, der Deich nicht alljährlich einer Ausbeſſerung bedurft hat, ſo muß die Ausübung der Servituthandlungen während der Verjährungszeit doch in ſolcher Weiſe erfolgt ſeyn, daß daraus nach richterlichem Ermeſſen ein fortgeſetzter Quaſibeſitz zu entnehmen iſt. . . . . Wenn ferner mehrere Zeugen ausſagen, daß die Erde zur Refection des Jahrdeichs keineswegs, wie von andern Zeugen deponirt worden, ſtets ausſchließlich von dem zu Norden des Deiches belegenen Moor, ſondern mitunter auch zu Süden des Deiches genommen worden, ſo ſteht dieß .. dem Erwerb der fraglichen Servitut durch Verjährung . . . . . an ſich nicht entgegen. Sowie ſich eine durch Vertrag beſtellte Servitut, vermöge deren der Berechtigte befugt erſcheint, die zur Refection eines Staudeiches erforderliche Erde beliebig von dem Grundſtücke des Einen und von demjenigen eines andern zu nehmen, ſehr wohl denken läßt, ſo iſt

Digitized by Google

nicht abzusehen, weßhalb eine solche Servitut nicht auch durch Verjährung an verschiedenen Grundstücken sollte erworben werden können, vorausgesetzt nur, daß auf jedem der dienenden Grundstücke die Servitut so lange und so häufig ausgeübt worden, daß ein die Verjährungszeit hindurch fortgesetzter Quasibesitz, jedem der dienenden Grundstücke gegenüber, anzunehmen ist. . . . . .

Erk. des OAG. zu Kiel v. 29 Nov. 1854. (P.)

130.

Servituten-Ersitzung. Ist *scientia domini praedii servientis* erforderlich?

Vgl. Bd. 1 Nr. 179, Bd. 9 Nr. 131.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung über eine Negatorienklage heißt es: Wenn gleich die Zeugen nichts davon erfahren haben, ob die Klägerin und ihre Vorbesitzer von den bezeugten Besitzhandlungen Kunde erlangt haben, so kann doch den Umständen nach, ungeachtet der sehr beträchtlichen Entfernung des dienenden Grundstücks von dem Wohnorte der Klägerin, nicht angenommen werden, daß die Besitzhandlungen, worauf es hier nur ankommt, heimlich vorgenommen worden; vielmehr kann bei der Länge der Zeit aus der Häufigkeit der Besitzhandlungen, bei welchen stets eine größere oder geringere Anzahl von Arbeitern beschäftigt war, es kaum als möglich gedacht werden, daß dieselben heimlich vorgenommen worden.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 29 Nov. 1854. (P.)

131.

Dienstbarkeitserwerb für ein Pachtgut. *Scientia domini.*

Vgl. Bd. 3 Nr. 10, 11 mit Bd. 2 Nr. 11 und Bd. 4 Nr. 205.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Digitized by Google

Was den gerügten Mangel des Beweiſes einer scientia domini betrifft, ſo fragt es ſich, ob bei dem Erwerbe einer Realſervitut wie die vorliegende (Weggerechtigkeit), wo der fundus das berechtigte Subject, und wo es nur darauf ankommt, daß das Recht fundi nomine geübt ſey, überall eine beſtimmte scientia domini erforderlich iſt, und ob nicht die Stellen, welche man gewöhnlich dafür anführt,

Fr. 49 §. 2 de adquir. poss. (41, 2); C. 1 eod. (7, 32); fr. 47 de usurp. (41, 3),

auf den Erwerb des Eigenthums zu beſchränken ſind. Indeſſen . . . . . läßt ſich die Wiſſenſchaft des Eigenthümers des Grundſtücks nicht füglich bezweifeln.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 24 Mai 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 516 f.

132.

Servituten-Erſitzung. Angebliches Erforderniß eines *justus titulus*.

Vgl. Bd. 1 Nr. 408.

In den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung kommt hierüber vor:

Wenn die Kläger auch noch die Nachweiſung eines justus titulus begehren, ſo iſt dieſes Verlangen ungegründet, weil hier die Ausübung der Servitut unter den Augen des Nachbars, eo sciente, ſtattgefunden hat, unter ſolcher Vorausſetzung aber jedenfalls die bloße Ausübung während der geſetzlichen Zeit und weiter nichts zum Erwerbe der Servitut erfordert wird.

C. 2 de servit. (3, 34).

Ueberdieß aber kann es auch jetzt als die allgemeine Lehre betrachtet werden, daß es bei der Verjährung der Prädialſervituten eines justus titulus nach fr. 10 pr. si servit. vind. (8, 5) überhaupt nicht bedarf. . . . . .

In der That beſtreiten auch die Kläger nicht eben dieſen Grundſatz, ſondern halten nur in concreto die Nachweiſung eines justus titulus um deßwillen für erforderlich, weil ohne eine

Digitized by Google

solche es dem Beklagten an der nöthigen bona fides fehlen würde. Dieß ist ganz (vgl. Bd. 8 Nr. 348) irrig.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 17 Juni 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 534.

133.

Servituten-Ersitzung. Beweis der *opinio juris*.

Vgl. Bd. 5 Nr. 255, Bd. 9 Nr. 134.

Aus den Motiven zweier Erkenntnisse des OAG. zu Jena aus dem Jahr 1829 theilen wir mit was folgt:

1) Zur Ersitzung einer Wege-Servitut genügt es nicht, daß die Handlung, durch welche sie ausgeübt wird, während der gesetzlichen Ersitzungszeit an sich an dem angeblich dienenden Grundstück nec vi, nec clam, nec precario vorgenommen worden ist, sondern sie muß auch als ein Recht gegen dasselbe geltend gemacht worden seyn.

Fr. 1 §. 6 u. 7 de itinere actuque privato (43, 19).
Fr. 25 quemadmod. servit. amitt. (8, 6).
Fr. 20 quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4).
Unterholzner, Verjährung durch fortgesetzten Besitz S. 323 und Not. a. Derselbe, Entwicklung d. Verjähr.-Lehre Thl. 2 S. 14.

Dieses Erforderniß wird in den angeführten Stellen ausdrücklich neben dem daß die Handlung nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt worden seyn muß, hervorgehoben und ist keineswegs ein Nebenpunkt, welcher allenfalls auch noch berücksichtigt werden könnte, sondern die eigentliche Seele der ganzen Servituten-Ersitzung. Diese ist, wie die Eigenthumsersitzung, Erwerbung durch fortgesetzten Besitz. Die Quasipossessio der Servituten erfordert daher, so gut wie die possessio, außer dem *factum* possessionis auch den *animum* possidendi, und dieser ist, wie bei jener, die Absicht, durch die Detention Eigenthum an der Sache auszuüben. Fehlt diese Absicht der Rechtsausübung, so ist bloß eine in dieser Beziehung rechtlich ganz indifferente Handlung und kein Servitutenbesitz vorhanden;

Digitized by Google

fr. 20 de servitut. (8, 1)
fr. 7 u. fr. 25 citt.
Savigny, Recht des Besitzes edit. 5 §. 44 u. §. 46, S. 535 flg.

mithin durch deren Fortsetzung keine Ersitzung einer Servitut, die gar nicht ausgeübt wurde, möglich.

Auf der andern Seite versteht sich hiernach von selbst und geht auch aus den bemerkten Stellen deutlich hervor, daß die Absicht, ein Servitutrecht durch die Handlung auszuüben, positiv und auf das bestimmteste von dem, welcher den Beweis einer Servituten-Ersitzung führen will, bewiesen werden muß, und daß sich keineswegs aus der nec vi, nec clam. nec precario vorgenommenen Ausübung von Handlungen, durch welche eine Servitut hätte ausgeübt werden können, an sich folgern läßt, daß der Handelnde ein solches Recht dadurch habe ausüben wollen. Nur ist damit natürlich nicht gesagt, daß bei der Beweisführung ausdrücklich auf diesen Punkt articulirt werden müsse, sondern es kann die erforderliche Absicht auch aus der Art, wie die Handlung ausgeübt wurde, aus den vorliegenden Umständen u. s. w. hervorgehen. — — Bestätigen aber die abgehörten Zeugen z. B. bloß, daß die Handlung, die in Frage ist, „frei, öffentlich und ungestört" ausgeübt worden sey, so folgt daraus allein für die Absicht noch nichts, da die Handlung auch ohne eine solche Absicht in der bezeichneten Weise ausgeübt worden seyn kann.

2) Besonderer Beweis der opinio juris des Ersitzenden ist nicht nöthig; vielmehr ist diese Meinung, als innere Handlung, nur auf künstliche Art zu beweisen möglich, und muß eben daher gleich andern innern Vorgängen, z. B. dolus,

C. 6 de dolo malo. (2, 21)

aus den Nebenumständen des einzelnen Falles, welche Schlußfolgerungen dafür oder dawider begründen, beurtheilt werden; so daß es hinreicht, wenn in den auf andere Theile des Beweissatzes gerichteten Beweisartikeln nun auch dergleichen Nebenumstände, als Prämissen des zu machenden Schlusses, enthalten sind, sollte gleich auch die Schlußfolgerung selbst nicht besonders articulirt seyn. Denn Schlüsse aus actenmäßigen Thatsachen

Digitized by Google

zu formiren gehört, als ein Act der richterlichen Reflexion, ſchon von ſelbſt zu den richterlichen Obliegenheiten.

v. Gönner, Handb. d. Proceſſes Bd. 1 Abh. X. §. 27.

Martin, Lehrb. d. bürgerl. Proceſſes §. 233 edit. 10.

Da nun in dem vorliegenden Falle der Beweis unter andern darauf gerichtet iſt, daß ſowohl der verſtorbene Vater des Beweisführers, als auch er ſelbſt die in Frage ſtehende Fahrwegsgerechtſame ſeit mehr als 30 Jahren jährlich zu wiederholtenmalen, ſo oft es die Beſtellung oder das Abärndten ſeiner herrſchenden Grundſtücke erfordert hätten, öffentlich und ungehindert auch unter den Augen des Gegners und reſp. deſſen Vorbeſitzers ausgeübt haben; ſo läßt ſich daran nicht zweifeln, daß dieſe Ausübung einer für den Gegner ſehr läſtigen und nachtheiligen Dienſtbarkeit von dem Beweisführer und deſſen Vater in der Meinung geſchehen ſey, ſich dadurch eines ihnen zuſtehenden Rechtes zu bedienen.

Stryk, Opera (Francof. et Lips. 1743) T. II p. 259 No. 41, 57.

Nur dem Gegner, als Eigenthümer des angeblich dienenden Grundſtückes, kann unter dieſen Umſtänden die Widerlegung der gedachten dringenden Wahrſcheinlichkeit durch den Gegenbeweis übrig bleiben.

H. Donelli, Commentar. de jure civili. Lib. XI c. 12 §. 6.

134.

Beweis der *opinio juris* bei Beſitzeshandlungen.

Vgl. Bd. 5 Nr. 255, Bd. 9 Nr. 133.

Wenn auch die Beſitzeshandlung, namentlich bei Servituten, opinione juris ausgeübt ſeyn muß, ſo bedarf dieſe opinio juris nach der Rechtsſprechung des OAG. zu Darmſtadt doch keines beſondern Beweiſes. Dieſelbe wird vielmehr nach Beſchaffenheit der Beſitzeshandlungen bis zu erbrachtem Gegenbeweis als vorhanden angenommen, weil die Vornahme von Beſitzeshandlungen ohne Abſicht, Beſitz auszuüben, bei willensfähigen Perſonen undenkbar iſt und die Handlung die Abſicht ſelbſt ſchon zur Genüge darthut.

Digitized by Google

Entſcheidung des OAG. zu Darmſtadt i. S. des Fürſten zu Yſenburg gegen die Gemeinde Neu-Yſenburg.

(Lgsdff.)

135.

Die Holzcultur eines Forſtgrundes in Colliſion mit der auf demſelben haftenden Hütungs-Servitut.

Vgl. Bd. 7 Nr. 288 und die dort angef.

In dem Eigenthum eines Forſtgrundes iſt das Recht der Holzcultur auf demſelben weſentlich enthalten. Iſt auch der Forſtgrund mit einer Hütungs-Servitut belaſtet, ſo iſt doch immer das Holz als die Haupt-Nutzung, die Hut und Weide aber nur als die Nebennutzung zu betrachten, und dieſe darf daher nach der Natur dieſes Verhältniſſes nur ſo ausgeübt werden, daß daneben die Holznutzung nach forſtwiſſenſchaftlichen Grundſätzen ſtatthaben kann.

Iſt demnach auch der Hütungsberechtigte im Beſitze der Hut und Weide in der Forſt, ſo iſt doch dieſer Beſitz nur wie das Recht ſelbſt beſchränkt auf offene, nicht auszudehnen auf durch Cultur-Anlagen geſchloſſene Reviere. Vermöge ſeines Beſitzes iſt er daher auch nicht befugt, auf dem fremden Eigenthum vom Eigenthümer kraft deſſen im allgemeinen unbeſtreitbaren Rechts gemachte Cultur-Anlagen, ohne Unterſchied ob ſie erſt angefangen, oder ſchon vollendet ſind, zu zerſtören. Eine ſolche durch ſeinen Beſitz nicht gerechtfertigte Handlung iſt eine unerlaubte Selbſthülfe, welcher vom Richter unverzüglich Einhalt geſchehen und die Schadens- und Koſten-Erſatz, dem Befinden nach auch Strafe, zur Folge haben muß.

Sowie nun aber auch das Culturrecht des Forſteigenthümers kein unbeſchränktes Recht, ſondern durch die Hütungs-Servitut ebenfalls begränzt iſt, ſo ſteht auch ihm bei Anlegung eines Geheges, auf erfolgten Widerſpruch des Hütungs-Berechtigten — welcher ohnehin an dem Orte bis dahin ſein Hütungsrecht ausübte — in dieſem Entſtehen des Streits kein Beſitz zur Seite,

Digitized by Google

oder doch kein ſolcher, welcher dem älteren Beſitze des Hütungs-Berechtigten nicht ſofort weichen müßte; vielmehr iſt ſeine Anlage nur als weſentlicher Ausfluß des Eigenthumsrechts in dem Zuſtande, in welchem die gerichtliche Verfügung auf den Widerſpruch des Hütungs-Berechtigten ſie traf, oder ohne die widerrechtliche Eigenmächtigkeit des Hütungs-Berechtigten ſie getroffen haben würde, bei der ohnehin nunmehr eintretenden Litigioſität, bis zur rechtlichen Erledigung dieſes Widerſpruchs, unverändert, mithin auch ohne Fortſetzung der Cultur zu laſſen, und ſolches vom Richter, in ſo fern nicht etwa eine ſonſtige proviſoriſche Verfügung nothwendig ſeyn ſollte, auf Verlangen zu verfügen. Dieſe Verfügung kann ſich aber nicht auf Erhaltung des status quo beſchränken, ſondern muß zugleich die gerichtliche Erörterung und Entſcheidung des Widerſpruchs des Hütungs-Berechtigten einleiten; es iſt daher auch die Ausführung dieſes Widerſpruchs ſofort mit zu verordnen, nicht aber zum beſonderen Proceſſe zu verweiſen.

Erk. des OAG. in Wolfenbüttel vom 20 Januar 1824 in Sachen von Strombeck c. Papenrode, wegen Beſitzſtörung. (R.)

136.

Wegegerechtigkeit an einem *iter publicum*.

So wie die Uſucapion nicht einen anderen Erwerbstitel, ſo ſchließt auch das Vorhandenſeyn eines iter publicum nicht die Möglichkeit der Exiſtenz einer beſonderen Wegegerechtigkeit aus; vielmehr kann beides ſehr wohl nebeneinander beſtehen, und mag es gar häufig der Fall ſeyn, daß Fußſteige, welche urſprünglich nur den Nachbarn jure servitutis eingeräumt worden ſind, durch allmählichen Gebrauch auch die Eigenſchaft eines öffentlichen Weges annehmen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 17 Juni 1843. Gedr. Brem. Samml. Bd. I. S. 193.

Digitized by Google

137.

Verbot des teſtamentariſchen Erlaſſes der uſufructuariſchen Caution; Anwendung auf alle letztwilligen Diſpoſitionen; Anſpruch des Erben gegen den mit dem Nießbrauche bedachten Legatar auf Inventariſation.

Vgl. Bd. 4 Nr. 206.

1) Die Vorſchrift des römiſchen Rechts, welcher zufolge die Caution des Nießbräuchers teſtamentariſch nicht erlaſſen werden kann, findet auf alle letztwilligen Diſpoſitionen Anwendung, indem das römiſche Recht den Widerſpruch nicht dulden will, daß der Teſtator, der dem Legatar nur den Nießbrauch zutheilt, eine Verfügung treffe, durch welche das dem Erben vorbehaltene Recht unſicher gemacht werden würde, und daß der Teſtator einem Rechte entſage, welches nicht ihm, ſondern dem künftigen Erben zuſteht.

2) Der Erbe iſt geſetzlich nicht berechtigt, von dem Legatar welchem der Nießbrauch vermacht iſt, Inventariſation oder eidliche Specification der dem Nießbrauche unterworfenen Nachlaß-Gegenſtände zu verlangen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 25 April 1854 in Sachen Ehefrau Klebe zu Münden, Beklagte, wider Klebe'ſche Minorennen daſelbſt, Kl., wegen Beſtellung einer uſufructuariſchen Caution. (Erck.)

138.

***Actio negatoria* zur Erwirkung einer Löſchung bez. Umſchreibung in öffentlichen Büchern.**

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Mittelſt der negatoriſchen Klage kann der wahre oder prätoriſche Eigenthümer die Abwendung ſolcher Eingriffe erlangen, welche nicht auf die Entziehung des Beſitzes der Sache gerichtet ſind. Zur Anſtellung dieſer Klage bedarf es nicht gerade einer

Digitized by Google

wirklichen Störung, vielmehr genügt schon, wenn der auf eine Beeinträchtigung oder Verhinderung des Eigenthümers gerichtete Wille sich durch Handlungen geäußert hat. Für eine solche Handlung, wodurch der Wille des Appellanten sich kund gibt, den Appellanten beeinträchtigen und in der Ausübung seiner Rechte hindern zu wollen, muß aber jedenfalls der Umstand angesehen werden, daß der Appellant sich die fragliche Colonie nicht nur im Steuerkataster ohne Zustimmung des Appellaten hat zuschreiben lassen, sondern auch die Einwilligung in die Rückschreibung derselben auf den Namen des Appellaten versagt hat.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 2 April 1844. Heuser, Annalen Bd. 2 S. 128.

139.

Rücktritt von zweiseitigem Vertrage wegen Mora des andern Contrahenten. ***Exc. non impleti contractus.***

Vgl. Bd. 3 Nr. 164; Bd. 5 Nr. 158.

In einer vorgekommenen Rechtssache lag der Klage die Behauptung zu Grunde, Beklagter habe dem Kläger die in der Klagschrift verzeichneten Maler-Arbeiten übertragen. Der Beklagte entgegnete: Kläger habe sich verpflichtet, vom 17 Juli 1853 an, unausgesetzt mindestens drei Arbeiter zu stellen; nachdem dieser Zusage nicht nachgekommen worden, habe er (Beklagter) die fragliche Arbeit bereits einem andern Meister übergeben. Unter Voraussetzung der Wahrheit des Einwandes, heißt es in den Entscheidungsgründen:

1) Jener Nebenvertrag enthielt eine Zeitbestimmung, und zwar so deutlicher Art, daß die vom Kläger zugestandene Nichteinhaltung der angegebenen Zeit als ein Verschulden desselben, mithin als Mora aufgefaßt werden muß. Die Thatsachen, womit Kläger den Verzug entschuldigen will, sind sämmtlich viel zu allgemein, um Beachtung zu verdienen. Die Zurückweisung der vertragswidrigen Erfüllung war eine berechtigte, bewirkte also weder eine mora accipientis, noch eine purgatio der gegnerischen

Mora. . . . . Unter solchen Umständen kommen die Bestimmungen in fr. 24 §. 4 loc. cond. (19, 2); fr. 135 §. 2 de verb. obl. (45, 1) und fr. 17 de peric. et commod. (18, 6). „quum omnia in integro essent" in Betracht, aus welchen bewährte Schriftsteller mit Recht folgern, daß bei zweiseitigen Geschäften der Gläubiger ganz vom Vertrage zurücktreten könne, wenn ihm durch den Verzug das versprochene Factum unnütz wird. [1])

2) Nach den Grundsätzen von der Einrede des nicht erfüllten Contracts wird man zu demselben Resultate geführt. Die Fassung der Nebenbestimmung läßt schließen, daß es auf eine pünktliche Leistung abgesehen war; eine anders beschaffene (verspätete) Erfüllung war mithin eine andere als die verabredete, und konnte nicht, wie in der Klage geschehen, dem Beklagten angeboten werden, wäre sie auch mit der verabredeten Modalität (unausgesetzt drei Gesellen) angeboten worden. Hat nun Kläger dennoch aus dem Vertrage geklagt, so steht ihm die exc. non impleti contractus entgegen. [2]) . . . .

Erk. des Obergerichts (II. Senat) zu Wolfenbüttel vom 24 April 1855 (Behrens w. Voigtländer). (R.)

140.

Correalschuldner. Einrede der Theilung. Beweislast.

Vgl. Bd. 5 Nr. 297.

Nach Anleitung der Nov. 99 steht zwar dem Correalschuldner die Einrede der Theilung zu, jedoch nur in dem Falle, wenn

---

1) Bezugnahme auf Thibaut, Pand. §. 99; Glück, Comment. Bd. 4 S. 417; Schweppe, R. PrR. ed. IV. §. 388 S. 46; Wening-Ingenheim, Bd. 2 §. 129 S. 173; Puchta, Vorles. II §. 268 Nr. 2; Seuffert, Pand.-R. ed. III. §. 246 Nr. 4; Holzschuher, Theorie u. s. w. II. 2, S. 234.

2) Bezugnahme auf Holzschuher a. a. O. S. 233 lit. b.; Seuffert a. a. O. und die von beiden allegirten Autoren; Lübecker OAGE. in Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 153.

die übrigen Mitschuldner (an welche der Kläger verwiesen werden will) anwesend und zahlungsfähig sind. Die Solvenz zu erweisen, liegt als nothwendiges Erforderniß behufs Begründung seiner Einrede demjenigen ob, der sich darauf beruft.

Vgl. fr. 28 de fidejuss. (46, 1); C. 10 §. 1 eod. (8, 41); *Voet*, comment. ad Dig. XLVI, 1 §. 21; Wening-Ingenheim in der Gießener Zeitschrift Bd. 4 S. 405 f.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel vom 5 Feb. 1833, in Bestätigung eines dortigen Landesgerichts-Erk. v. 8 Nov. 1832 (Gravenhorst's Contradictor w. Behlendorff's Contradictor.) (R.)

141.

Wiefern kommt es bei Verträgen auf Entschuldbarkeit des Irrthums an?

Bei einem solchen Irrthume, in Folge dessen kein Consens und daher auch kein Contract existirt, kommt es in Beziehung auf die Gültigkeit des Vertrages nicht darauf an, in wie fern derselbe entschuldbar sey.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 11 Januar 1844. Gedr. Brem. Samml. Bd. I. S. 256.

142.

Kaufobject mit Hypotheken belastet. Retention des Kaufgeldes, auch gegen den Concurs-Curator.

Vgl. Bd. 1 Nr. 49; Bd. 7 Nr. 164.

Der Verkäufer ist vermöge der dem Käufer zu prästirenden bona fides verpflichtet, demselben die erheblichen Rechtsverhältnisse der verkauften Sache, welche sich nicht von selbst zeigen, bemerklich zu machen und zu erläutern, und eine nicht als fehlerhaft bezeichnete Sache fehlerfrei abzuliefern. Dieser Verpflichtung wird von Seiten des Verkäufers entgegengehandelt, wenn er dem Käufer die auf dem Kaufobjecte lastenden Hypotheken nicht

Digitized by Google

angibt. Bei der mangelhaften Erfüllung der dem ersteren obliegenden Verbindlichkeit ist der Käufer allerdings berechtigt, bis zu beschaffter Sicherheit die Zahlung des rückständigen Kaufgeldes einstweilen zu verweigern, auch sofern die Insolvenz des Vermögens des Verkäufers als erwiesen bereits feststehen sollte, die Gegenleistung bis zur Bestellung einer Bürgschaft zurückzubehalten, indem in einem solchen Falle bezüglich des Kaufobjects Eviction droht. Diese Befugniß wird ohne Rücksicht auf den Dolus des Verkäufers schon dadurch begründet, daß derselbe die aus dem Kaufcontracte für ihn hervorgehende Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt hat.

Die aus einem Kaufcontracte entnommene Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags greift auch gegen den Concurscurator als Kläger Platz, weil der Cessionar nicht aus eigenem, sondern nur aus dem Rechte des Cedenten klagen kann, und folglich den gegen diesen begründeten Rechten sich nicht entziehen darf.

Erk. des OAG. zu Celle in Sachen Ehefrau Dorothea Perl zu Celle wider Bödeker'schen Concurscurator daselbst wegen Forderung von 500 Thlr. Cur. nebst Zinsen 1854.

(Erk.)

143.

Verletzung über die Hälfte. Veranschlagbarkeit der Gegenleistung.

Vgl. Bd. 3 Nr. 317; Bd. 4 Nr. 213 (7).

In einem auf Annullirung eines abgeschlossenen Kaufcontracts gerichteten Rechtsstreite ward die neben anderen vorgebrachte Behauptung einer stattgefundenen Verletzung über die Hälfte namentlich schon aus dem Grunde als irrelevant verworfen,

weil sich das Vorhandenseyn einer solchen Verletzung aus dem Inhalte des abgeschlossenen Contracts selbst nicht bestimmen lasse, dieser vielmehr, außer der Bestimmung eines festen Kaufpreises, dem (verklagten) Käufer mehrfache Verpflichtungen auferlege, welche zur Zeit des Contractsabschlusses überall nicht gut zu veranschlagen gewesen seyen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 23 Juni 1854 in Sachen Armbrecht w. Armbrecht, wegen Herausgabe eines Hofes. (Hdf.)

144.

De dolo actio. Lata culpa aequiparatur dolo.

Wenn gleich in Contractsverhältnissen grobes Verschulden und Arglist sich gleich stehen, so kommt doch zur Begründung der actio doli nur die letztere und nicht das erstere in Betracht. [1]

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 26 Febr. 1853. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 1 S. 31.

145.

Illiquide Compensationsposten. Gegenforderung auf einen angeblich anerkannten Abrechnungs-Saldo.

Vgl. Bd. 8 Nr. 33, 122.

Nach der Praxis des OAG. zu Lübeck unterliegt es an und für sich keinem Zweifel, daß der Richter auch im ordentlichen Processe einzelne Compensationsposten, die eine sehr weitläufige Auseinandersetzung erfordern, zur separaten Verhandlung verweisen darf, und daß dieß auch bei solchen Gegenforderungen, die gleich in der ersten Antwort auf die Klage vorgebracht werden, zulässig ist. In einem vorgekommenen Falle wurde die Frage aufgeworfen, ob es nicht dem Beklagten zu gestatten sey, die Verweisung mit einer Saldo- (Gegen-) Forderung ad separatum durch den in dem gegenwärtigen Processe zu führenden Beweis seiner Behauptung, Kläger habe den fraglichen Saldo als richtig anerkannt, abzuwenden? Diese Frage wurde bejaht. „Denn über die Frage von der Anerkennung oder Genehmigung der früheren Abrechnung oder des daraus hervorgegangenen Saldo

---

1) Ueber Fälle, wo in Contractsverhältnissen die actio doli vorkommen kann, vgl. Savigny, System. Bd. 7 §. 332.

Digitized by Google

bedarf es keiner weiteren Verhandlung, sondern der deßfalls erforderliche Beweis kann gleichzeitig mit denjenigen Beweisen, welche bereits rechtskräftig beiden Theilen auferlegt sind, angetreten werden, und es läßt sich auch nicht einmal annehmen daß derselbe größeren Zeitaufwand erfordern werde, als jene anderen Beweise. Soferne aber derselbe dem Beklagten gelingt, so wird für ihn dadurch der bedeutende Vortheil erreicht, daß er nicht zu einem neuen Rechnungsprocesse genöthigt ist. . . . . ."

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21 Juli 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 346 f.

146.

Bedungene baare Zahlung. Einrede der Compensation.

Vgl. Bd. 4 Nr. 214.

Ein Debitor, welcher sich ausdrücklich verpflichtet hat, die gewirkte Schuld baar zu bezahlen, kann, wenn er auf baare Bezahlung derselben belangt wird, mit der Einrede der Compensation nicht gehört werden.

Emminghaus, ad *Cocceji* jus controv. Lib. XI. tit. 3 qu. 1.
Krug, Lehre v. d. Compensation S. 218.

Erk. des OAG. zu Jena v. 17 Sept. 1840 i. c. der verehelichten Franke w. Berger. (E.)

NS. Die Umstände rechtfertigen es wohl nicht immer, in der Zusicherung baarer Zahlung einen Verzicht auf Gegenrechnungen zu finden. S.

147.

Darlehens-Aufnahme durch den Geschäftsführer einer Handlung.

Vgl. Bd. 2 Nr. 87; Bd. 3 Nr. 195; Bd. 7 Nr. 86.

Der Inhaber der Hofbuchdruckerei zu Guttenberg in St., auf Rückzahlung eines Darlehens belangt, welches sein Geschäftsführer Z. bei dem Kläger W. H. Z. aufgenommen hatte, bestritt seine Verbindlichkeit, weil Z. das Darlehen für sich selbst aufgenommen und zu einem, dem regelmäßigen Geschäftsbetrieb völlig fremden Zwecke verwendet habe, er auch zu Aufnahme von Anlehen nach seiner Stellung nicht befugt gewesen sey. Der Be-

Digitized by Google

klagte wurde aber, Einwendens ungeachtet, in drei Instanzen zur Zahlung verurtheilt, da

1) durch den von dem Beklagten als ächt anerkannten Schuldschein, welcher von dem Geschäftsführer Z. mit dem Beisatze: „pro k. Hofbuchdruckerei zu Guttenberg' unterzeichnet ist, in Verbindung mit dem von dem Beklagten ausgegebenen Circular, welches den Z. ermächtigt, per procura für die Firma zu zeichnen, gegen den Beklagten voll erwiesen ist, daß Z. nicht in eigenem Namen, sondern im Namen seines Principals mit dem Kläger contrahirte; und weil ferner

2) in dem für den Umfang der Verwaltungsbefugnisse des Z. zunächst maßgebenden Circular ihm die Führung der Geschäfte für die Hofbuchdruckerei mit der Befugniß zu disponiren, und per procura zu unterzeichnen, übertragen worden, er hiernach mit der selbständigen Leitung des Etablissements ohne Beschränkung betraut war, und überdieß Beklagter selbst zugesteht, er habe, unbewandert in dieser Gattung von Geschäften, den Geschäftsbetrieb lediglich dem Z. überlassen; wonach unzweifelhaft zeitweilige Geld-Aufnahmen für den Betrieb des Geschäfts dem Kreise der Verwaltungsbefugnisse des Z. im allgemeinen nicht entzogen waren; weil ferner, was das fragliche Darlehensgeschäft betrifft, die Geld-Aufnahme von Z. bei dem Kläger damit motivirt wurde, daß er das Geld zu einem mit einer Verlagshandlung abgeschlossenen Geschäfte bedürfe, diese Motivirung dem Inhalt der procura entsprach, und keine besondern Umstände vorlagen, welche geeignet waren, bei dem Kläger den Verdacht zu erregen, daß das Darlehen gleichwohl zu einem dem Geschäftsgebiet des Z. fremden oder wenigstens dem Geschäftsherrn nicht genehmen Zwecke bestimmt seyn möchte, mithin der Kläger zu einer näheren Erkundigung hierüber nicht aufgefordert war; weil endlich

3) durch das Vorstehende die Voraussetzungen*) der institorischen Klage gegeben sind, und es nicht weiter darauf ankommt,

*) Aufnahme des Darlehens durch den Geschäftsführer im Namen des Principals zu einem dem Umfang der procura entsprechenden, oder doch als ihm entsprechend dem contrahirenden Dritten sich darstellenden Zwecke.

Digitized by Google

wozu das aufgenommene Geld von dem Geschäftsführer wirklich verwendet worden ist; die Behauptung des Beklagten, daß das Geld von dem Geschäftsführer zu einem Anlehen an die Fr—'sche Verlagshandlung verwendet worden sey, vielmehr lediglich das Verhältniß des Beklagten zu dessen Geschäftsführer (nicht das Verhältniß des Beklagten zu dem Kläger) berührt, und sich nicht zu Begründung einer Einrede gegen die von dem Dritten angestellte institorische Klage, sondern nur zur Begründung eines selbständigen Anspruchs gegen den Geschäftsführer eignet.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart v. 28 April 1855. (v. H.)

148.

Anerkennung einer Darlehensschuld durch Binszahlung. ***Exceptio non numeratae pecuniae.***

Vgl. Bd. 3 Nr. 105, Bd. 7 Nr. 302 mit Bd. 1 Nr. 36.

In einem Rechtsfalle dieser Kategorie hatte das Obergericht angenommen, bei dem Zugeständniß des Gläubigers, daß das Geld nicht an den Verklagten, sondern an einen Dritten gezahlt, also die Schuldurkunde unwahr sey, bedürfe es zu deren Anfechtung keiner exc. n. n. pec., und es sey deßhalb auch die geschehene Zinszahlung des Verklagten (welche dieser aus „bäuerlicher Einfalt" an den Kläger geleistet haben wollte) ohne Einfluß. Demgemäß wurde dem Kläger Beweis aufgelegt: daß er das Geld im Auftrag des Verklagten an den Dritten gezahlt habe. Der oberste Gerichtshof hingegen erachtete diesen Beweis, im Hinblick auf die vorliegende Zinszahlung, für überflüssig, und verurtheilte den Verklagten ohne weiteres, da ein Irrthum, durch welchen der bewirkten Zinsenentrichtung der Charakter freiwilliger Anerkennung des Bestehens der eingeklagten Darlehensschuld benommen werden könnte, nicht dargelegt sey."

Erk. des OAG. zu Cassel in S. Hinkel w. Caspari (1854). O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855). S. 251 Note 12.

Digitized by Google

149.

Anerkennung als Klagegrund.

Vgl. Bd. 3 Nr. 105; Bd. 7 Nr. 302.

Das Anerkenntniß einer bestehenden Schuld gibt einen selbstständigen Klagegrund, wenn entweder ein ausdrückliches Zahlungsversprechen damit verbunden ist, oder wenn es unter Umständen geschieht, durch welche dasselbe thatsächlich die Natur eines auf Belastung des Anerkennenden mit der fraglichen Schuld gerichteten Willensactes annimmt. Diese letztere Voraussetzung liegt namentlich dann vor, wenn jemand die auf ihn gezogene Rechnung mit einer urkundlichen Erklärung seines Anerkenntnisses derselben dem Gläubiger einhändigt.

Ein auf Grund dieser Sätze ergangenes Obergerichtserkenntniß wurde oberstrichterlich in der Erwägung bestätigt: daß Appellant die Entscheidungsgründe des angefochtenen Bescheides nicht hat widerlegen können.

Erk. des OAG. zu Cassel in S. des Speisewirths B. w. St. (1852). O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 269.

150.

Anfechtung der Anerkennung einer Schuld.

Vgl. Bd. 1 Nr. 36; Bd. 9 Nr. 148.

Aus den Motiven eines obergerichtlichen Urtheils entnehmen wir was folgt:

Die Klage erscheint schon dadurch begründet, daß Verklagter sich urkundlich mit Beziehung auf die von ihm anerkannte Vereinnahmung seinem Vater zur Zahlung dieser Summe verbindlich gemacht hat. Wollte Beklagter diesem Verpflichtungsact gegenüber die Vereinnahmung selbst oder eine aus solcher für ihn erwachsende Verpflichtung bestreiten, so konnte er dieß nur mittelst Darlegung, welchergestalt er sich der durch den Schuldschein übernommenen Verpflichtung irrthümlich unterzogen habe, indem

ein ohne Grund ertheiltes Zahlungsversprechen nur derselben Anfechtung, wie eine ohne Schuldgrund geleistete Zahlung (nach den Grundsätzen der condictio indebiti) unterliegt. Jene Darlegung ist vorliegend nicht erfolgt . . . . .

Das also motivirte Obergerichtsurtheil wurde vom obersten Gerichtshofe in der Erwägung bestätigt, daß Appellant die Entscheidungsgründe des OGerichts im wesentlichen zu widerlegen nicht vermocht hat.

Erk. des OAG. zu Cassel (1853). O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 271.

151.

Anerkennungsvertrag durch Rechnungsstellung. Abrechnungsgeschäft.

Aus Otto Bähr's civilistischer Abhandlung „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" entnehmen wir folgende, theilweise unter Bezugnahme auf oberstrichterliche Entscheidungen (S. 228 f.) vorgetragene Sätze:

Die Einzeichnung eines Postens als Einnahme in die Rechnung kann, so lange der Rechnungsführer dieselbe in Händen behält, keine Obligation begründen. Legt dieser aber dem Geschäftsherrn Rechnung ab, so verpflichtet er sich formell auf die berechneten Einnahmsposten; die Rechnungsstellung über solche begründet einen Anerkennungsvertrag. Stellt der Rechnungsführer zugleich seine Ausgaben gegenüber, so liegt hierin die Proposition eines weiteren, vom Geschäftsherrn einzugehenden Anerkennungsvertrags; und wenn dieser dieselben anerkennt, so gestaltet sich der hierauf gegründete Rechnungsabschluß zu einem Abrechnungsgeschäft . . . . . Dem Geschäftsherrn ist gestattet, Einnahme und Ausgabe zu trennen, erstere anzunehmen und letztere abzulehnen [1]). Der

1) „Der Satz, daß derjenige, welcher sich auf eine Urkunde beruft, diese ihrem ganzen Inhalt nach gegen sich als beweisend anerkennen muß, findet

Grund hiefür liegt darin, daß die Verzeichnung der Einnahme nicht die Natur einer freien Proposition hat [2]), sondern in Erfüllung einer Verpflichtung geschieht, welche unabhängig davon besteht, ob der Geschäftsherr die Ausgabeposten anerkennt oder nicht, und deren Erfüllung deßhalb auch unabhängig hievon acceptirt werden kann. Der Geschäftsherr kann daher auf Grund der Rechnung nicht allein den vom Rechnungsführer sich selbst gezogenen Receß (d. h. die Einnahme abzüglich der berechneten Ausgabe) gegen diesen einklagen; [3]) sondern er kann auch lediglich die berechneten Einnahmeposten seiner Klage zu Grund legen und erwarten, wie der Verklagte die Ausgabeposten einredend geltend mache.

152.

Auszahlung von Haus-Kaufgeldern für den Fall bedungen, daß Verkäufer vom Käufer nicht gut gehalten werden, und sich genöthigt sehen sollte von ihm wegzuziehen.

In einem Hauskaufvertrage war festgesetzt: von dem Kaufgelde sollten 100 Thaler dem Käufer auf den Fall, daß Verkäufer bei ihm im Hause wohnen bleiben und bei ihm sterben sollte, als Entschädigung für den Insitz und für die Wartung und Pflege zu gute gehen, außerdem aber und wenn Verkäufer vom Käufer nicht gut gehalten werden, und sich genöthigt sehen sollte auszuziehen, solle Abkäufer

---

hier keine Anwendung." Erk. des OAG. zu Cassel in S. Gehrung gegen Stadt Witzenhausen (1824); Trönners Erb. g. Fisci Proc. (1838).

2) Die Natur der freien Proposition liegt dagegen vor, wenn bei gegenseitiger Aufstellung von Forderungen zwischen A und B der letztere erklärt: „Gegen die Forderung des A von 300 habe ich zwar Einwendungen; ich will aber diese Einwendungen aufgeben, mit Rücksicht darauf, daß A auch meine Forderung von 200 anerkennt." Wenn A diese Anerkennung zurückzieht, ist B an das Aufgeben seiner Einwendungen nicht gebunden. S. Bähr a. a. O. S. 122.

3) „Die Acceptation liegt in der Klaganstellung." Erk. des OAG. zu Cassel in S. Knierim'sche Erben w. Immenhäuser Siechenhaus (1850).

Digitized by Google

diese 100 Thlr. binnen 6 Wochen, vom Tage des Auszuges an gerechnet, auszahlen.

Als nun der Verkäufer, hierauf sowie auf den Umstand gestützt, daß er, bewogen durch schlechte Behandlung des Käufers, die Wohnung in dem verkauften Hause seit mehreren Monaten aufgegeben habe, auf Bezahlung dieser 100 Thlr. klagte und der Käufer lediglich die dem Kläger angeblich von ihm zugefügten Unbilden in Abrede stellte, erkannte der Richter der zweiten Instanz sofort nach dem Klagpetitum, in Betracht daß rücksichtlich der streitigen 100 Thlr. nur für den Fall zu des Beklagten Vortheil disponirt worden sey, daß der Kläger bei ihm im Hause wohnen bleiben und bei ihm sein Leben beschließen würde.

In der letzten Instanz hingegen ward der Bescheid des Untergerichts, welcher dem Kläger zunächst den Beweis der vom Beklagten erlittenen übeln Behandlung auferlegt hatte, wieder hergestellt. Zwar — heißt es in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen — sollten die fragl. 100 Thlr. dem Käufer nur für den vom vorigen Richter unterstellten Fall verbleiben; der entgegengesetzte Fall aber, daß Verkäufer auszöge, ist davon abhängig gemacht, daß Verkäufer durch erlittene üble Behandlung zum Ausziehen genöthigt würde, und es ist daher die Verpflichtung des Verklagten zur Auszahlung dieser 100 Thaler keineswegs in die Willkür des Klägers gesetzt.

Erk. des OAG. zu Jena vom 10 Juni 1841 i. c. Adam Sänger w. Wilh. Sänger. (E.)

153.

Verbindlichkeit des Mandatars, alles durch das Geschäft Gewonnene dem Mandanten abzuliefern, in Anwendung auf das Verhältniß zwischen Schiffer und Rheder.

Von Befrachtern eines Schiffes waren dem Schiffer (Capitän) 300 Dollars versprochen worden, wenn er vor dem Eintritte des mit dem 1 Juli anfangenden höheren Zolles zu Philadelphia einclariren würde. Die Voraussetzung wurde verwirklicht

Digitized by Google

und die zugesicherte Prämie auch an den Schiffer bezahlt. Nun verlangte der Rheder des Schiffers die Herausgabe der bezeichneten Summe, und erlangte in dem darüber mit dem Schiffer geführten Processe den Sieg Rechtens.

Gründe:

Man muß allerdings davon ausgehen, daß die 300 Dollars dem Beklagten persönlich und zwar nach völlig abgeschlossenem Frachtcontract für den gedachten Fall versprochen sind, und daß er, ohne für Rechnung des Rheders deßhalb besondere Kosten aufzuwenden, die Bedingung erfüllt habe. Allein dieß genügt auch vollkommen, um die 300 Dollars dem Kläger als dem Rheder des damals vom Beklagten geführten Schiffes Ocean gehörig anzusehen. Aus der eigenen Darstellung des Beklagten ergibt sich, daß die 300 Dollars nicht als ein reines Geschenk anzusehen sind, sondern daß sie eben so wie die eigentliche Fracht durch das Schiff und durch die Leistungen des Beklagten als Führer des Schiffs verdient werden sollten. Sie fallen mithin von selbst unter die Regel, daß dem Rheder, welcher mit dem Schiffer eine bestimmte Gage verabredet hat, alles zukommt, was auf solche Weise verdient wird. Wäre es schon bei Bestimmung der Fracht bedacht worden und zur Sprache gekommen, daß den Befrachtern an der erwähnten Beschleunigung der Reise so viel gelegen sey, so wäre, wie es in ähnlichen Fällen geschieht, die Fracht bedingungsweise, nämlich auf den Fall, daß der Schiffer vor dem 1 Juli zu Philadelphia einclariren würde, um 300 Dollars höher als sonst zu stipuliren gewesen. Daß diese 300 Dollars unter solcher Bedingung erst nach dem gewöhnlichen Abschlusse des Frachtcontracts versprochen wurden, ist nur eine andere Form der Verabredung, und es kann dieß an dem Rechte des Rheders eben so wenig etwas ändern, als daß Beklagter sich die 300 Dollars persönlich versprechen ließ. Wollte man anders urtheilen, so würde den Schiffern die leichteste Gelegenheit eröffnet seyn, bei Frachtcontracten, die sie in der Fremde schließen, ihre Rheder zu benachtheiligen, und sich mit dem Schaden derselben zu bereichern.

Digitized by Google

Nach den einschlagenden Seerechten und Gesetzen [1]) sollen die Nebenvortheile, welche durch die Seereise gewonnen werden, nicht dem Schiffer, sondern dem Rheder zufallen. Das hanseatische Seerecht spricht ausdrücklich den Lohn und das Trinkgeld für dem Schiffer anvertrautes Geld und Edelgesteine, also gerade dasjenige, was dem Schiffer persönlich versprochen ist, zu drei Viertheilen dem Rheder zu. Die Brem. Vdng. v. 1687 verbietet dem Schiffer zum Schaden der Rheder und ohne Vorwissen derselben besondere Verabredungen zu treffen; und zum Schaden der Rheder gereicht es allerdings, wenn der Schiffer sich persönlich für die Beschleunigung der Reise etwas versprechen läßt, was bedingungsweise durch den Frachtcontract oder durch einen Zusatz zu demselben hätte stipulirt werden können. Dazu kommt, daß eine so veranlaßte ungewöhnliche Beschleunigung der Reise, wenn sie auch keine besondern Ausgaben veranlassen sollte, doch unmöglich ohne eine größere Anstrengung des Schiffskörpers und der Geräthschaften, als bei sonstigen Fahrten in der Regel nothwendig ist, bewerkstelligt werden kann. Die Brem. Vdng. von 1731 endlich verpflichtet den Schiffer, seinen Rhedern alles in Rechnung zu bringen, was an Frachtgeldern in Chartepartien, auf Rollen und Connossementen verzeichnet oder sonst bedungen ist und er sich hat verheißen lassen.

Auch den römischen Grundsätzen vom Mandate entspricht es, dem Beklagten die fraglichen 300 Dollars abzusprechen. Bei Frachtcontracten, die der Schiffer in der Fremde schließt, handelt er als Mandatar seiner Rheder, und ein Mandatar muß alles was durch das Geschäft gewonnen wird, dem Mandanten zukommen lassen, er darf davon für sich selbst gar nichts behalten.

Fr. 46 §. 4 de procur. (3, 3 ; fr. 8 §. 1 de neg. gest. (3, 5); fr. 10 §. 2, 3; fr. 20 mandati (17, 1).

Wenn der Beklagte sich hiegegen darauf beruft, daß ein Mandatar doch Geschenke annehmen und behalten dürfe, die ihm für seine Person versprochen sind, so lassen sich dafür freilich

fr. 10 §. 13, fr. 12 mandati

1) Bezugnahme auf das hanseatische Seerecht v. 1614 Tit. 3 Art. 13 und Brem. Vdng. v. 1687 Art. 3 und 1731 Art. 5.

Digitized by Google

anführen; allein dieß paßt hier nicht, wo kein reines Geschenk vorliegt, sondern wo von einem Gewinn die Rede ist, den der Beklagte als Schiffer, mithin als der Mandatar seines Rhebers, machen konnte und mußte. Der Beklagte beruft sich zwar noch ganz besonders darauf, daß es die Absicht der Befrachter gewesen sey, ihm die 300 Dollars als ein höchst persönliches Geschenk zuzuwenden, woran der Rheder keinen Theil haben solle; diese Ansicht mag auch wohl richtig seyn; es kann aber nichts darauf ankommen, weil das Verhältniß des Beklagten zu seinem Rheder ihn verhinderte, dieß mit dem Schiffe verdiente Geld für sich zu behalten [2]).

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21 Juli 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I S. 542 f.

154.

Theilungsklage. Verpflichtung zur Aufstellung eines Theilungsplans.

Die Wittwe Heins zu Stade war im März 1850 mit Hinterlassung von zwei minderjährigen Töchtern gestorben, für welche eine Vormundschaft angeordnet wurde. Die älteste dieser Töchter, welche sich mit dem Kupferschmied W. verheirathet hat, ist im Juni 1852 für volljährig erklärt. Seitens der bestellten Vormünder ist eine theilweise Theilung der Erbmasse vorgenommen; auch ist für die Jahre 1850 und 1851 eine gemeinschaftliche Vormundschaftsrechnung, nicht aber für die verehelichte W. eine solche vom 1 Jan. 1852 bis zu ihrer Volljährigkeitserklärung abgelegt.

Im Jahre 1853 trat der Kupferschmied W. für sich und seine Ehefrau gegen die Heins'schen Vormünder mit einer aus-

---

2) Auf die Frage: ob es nicht der Billigkeit entsprechen würde, dem Schiffer einen Antheil an dem durch die Beschleunigung der Reise erreichten Gewinn zu gewähren? — wurde nicht näher eingegangen, „da der Beklagte auf Zuerkennung eines solchen Theils ex aequitate keinen Antrag gerichtet hat."

Digitized by Google

drücklich als actio fam. bercisc. bezeichneten Klage auf, in welcher eine Theilung des von ihnen verwalteten Vermögens und, soweit eine solche Theilung nicht bereits geschehen, die Herausgabe des Antheils der klägerischen Ehefrau, namentlich aber von ihnen die vorgängige Aufstellung eines Theilungsplans verlangt wurde.

Die Beklagten, welche namentlich die Verpflichtung zur Aufstellung eines Theilungsplans bestritten, beantragten die Zurückweisung der Klage, wurden indessen von dem Gerichte erster Instanz — welches die actio tutelae directa als die in Verbindung mit der Erbtheilungsklage eigentlich angestellte Klage annahm — schuldig verurtheilt, „nach aufgestellter Rechnung" und vorgenommener Theilung das Vermögen der klägerischen Ehefrau herauszugeben.

Auf die Berufung der Beklagten erfolgte indessen in zweiter und letzter Instanz eine Abweisung der Klage in angebrachtem Maße. In den Entscheidungsgründen wird gesagt:

„Es ist eine Klage auf Ablage der Vormundschaftsrechnung, soweit dieselbe für die klägerische Ehefrau noch nicht erfolgt ist, überall nicht erhoben, sondern nur eine Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens gefordert. Es kann somit auch auf die bei der actio tutelae dir. geltenden Bestimmungen nicht Bezug genommen werden.

In Beziehung auf die wirklich angestellte Theilungsklage kann aber den, als Vertretern der annoch unter Vormundschaft stehenden Curandin in Anspruch genommenen, Beklagten die Verpflichtung zur Aufstellung eines bei der Theilung des annoch gemeinschaftlichen Vermögens zu Grunde zu legenden Plans überall nicht angesonnen werden; vielmehr würde es die Sache des Klägers seyn, die Gegenstände, deren nachträgliche Theilung gefordert wird, speciell zu bezeichnen, da eingeräumtermaßen die Ausantwortung des betreffenden gemeinschaftlichen Vermögens zum größten Theile bereits beschafft ist und nur die Vollständigkeit der erfolgten Theilung bezweifelt wird. Bei dieser Sachlage würde es aber dem Kläger obgelegen haben, soweit die Theilung nicht anerkannt werden soll, zum Zwecke der zu machenden Erinnerungen bestimmte Thatsachen zu behaupten.

Digitized by Google

Hiernach hätte auf den Grund einer nicht angestellten Klage eine Verurtheilung der Beklagten nicht erfolgen dürfen; die wirklich angestellte Klage dagegen wäre, theils weil das Verlangen auf Herausgabe eines Theilungsplanes unbegründet, theils weil die Klage im übrigen nicht genügend substantiirt ist, in angebrachter Maße zurückzuweisen gewesen."

Erk. des OAG. zu Celle vom 19 Oct. 1854. (Hdf.)

155.

Verpflegungsvertrag. Erbvertrag oder Schenkung *sub modo*.

Am 8 Nov. 1852 schloß die Wittwe des Chr. Müller mit Zuziehung eines Richters, in ihrer Wohnung, mit den Kindern einer verstorbenen Schwester eine als Erb- und Verpflegungs-Vertrag überschriebene Uebereinkunft ab, wonach sie ihr gesammtes bewegliches und unbewegliches Vermögen diesen Kindern überließ, die Uebernehmer dagegen sich verpflichteten, die Uebergeberin auch fernerhin, wie bereits bisher geschehen, lebenslänglich gehörig zu verpflegen, in Krankheitsfällen für Arzt und Arznei zu sorgen, und sie demnächst nach ihrem Ableben beerdigen zu lassen. Schon des andern Tages starb die Wittwe Müller, und nun erhob der Steuerfiscus gegen die Uebernehmer ihres Vermögens eine Klage auf Entrichtung der Collateralsteuer, da diese wie er behauptete, die Intestaterben seyen. Die Beklagten stützten sich auf den erwähnten Vertrag, wonach sie, da dieser eine Uebereinkunft unter Lebenden enthalte und noch dazu oneroser Natur sey, von der Steuer, die nur bei Erwerbungen von Todeswegen statthabe, befreit seyen. Kläger replicirte, dieser Vertrag habe die Natur eines Erbvertrags, und sey jedenfalls zur Umgehung der Steuerverbindlichkeit beim gewissen Herannahen des Todes der Müllerswittwe abgeschlossen worden.

Die Klage wurde jedoch in III. Instanz abgewiesen aus folgenden Gründen: Es scheine zwar ein Erbvertrag vorzuliegen, weil die Uebereinkunft nicht auf rein onerosem Titel beruhe,

Digitized by Google

durch welchen die Annahme eines Erbvertrages wohl ausgeschlossen werde.

Beseler, Lehre von den Erbverträgen Th. II. Bd. 1 S. 209.
Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 38 S. 72.

Allein das Ueberlassen und Uebernehmen des Vermögens lasse wohl nur die Deutung zu, daß den Beklagten das Vermögen alsbald zur Zeit der Eingehung des Vertrages gegen Uebernahme der Alimentation der Uebergeberin überlassen werde, während von einer erst künftig eintretenden Beerbung derselben nirgends geredet werde. Auf die Bezeichnung des Vertrages komme nichts an. Vielmehr enthalte der Vertrag eine donatio sub modo, auf welche auch das, nach dem hier anwendbaren Butzbacher Stadtbrauche geltende Verbot der Schenkungen des ganzen Vermögens keine Anwendung leide, weil sich dieses nur auf reine Schenkungen beziehen lasse. . . . . .

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 16 Febr. 1855 in S. Wiesler zu Butzbach gegen den Steuerfiscus Lit. W. Conv. 27 zu Nr. 14. (Z.)

156.

Obmanns-Function, erloschen durch Rücktritt eines der Schiedsrichter, welche den Obmann gewählt haben.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Wenn die Legitimation des zu der Stelle des Obmanns Erwählten einzig und allein auf dem übereinstimmend erklärten Willen der beiden Schiedsrichter beruht, so liegt es in der Natur der Sache, daß sie mit dem Rücktritte eines dieser beiden Wähler wegfalle. In cap. 24 X. de off. et pot. jud. deleg. (1, 29) ist bestimmt:

> Uno vel delegatorum vel arbitrorum (sicut proponis) rebus humanis exemto, eorum officium expiravit, *nisi aliud* in delegatione aut compromisso fuerit expressum.

Daß es gleichgültig sey, ob durch Tod oder durch einen anderen Umstand die Stelle eines der arbitrorum vacant wird, leuchtet

ohne weiteres ein. . . . . Die Folge davon ist die: daß, nachdem bis zu des D. T. Rücktritt kein Schiedspruch zu Stande gekommen war, nach dessen Rücktritt die Existenz des Schiedsgerichtes, die erste Bedingung der Möglichkeit eines Schiedspruches mindestens unterbrochen worden ist.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Februar 1853 (Schmuck w. Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft.) Sächs. Ztschrft. für Rpfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 373.

157.

Vom Schutz im Quasibesitz bei Servituten.

Vgl. Bd. 1 Nr. 222.

Der Servitutenbesitzer darf auch auf fremdem Grunde und Boden in seinem Quasibesitze sich factisch schützen, weil Doctrin und Praxis die Selbstvertheidigung gegen unbefugte Störungen ganz allgemein annehmen und bei dem Servitutenbesitzer ein Grund zu einer Ausnahme nicht vorliegt.

Gegen das interdictum quod vi aut clam findet also die Einrede des Schutzes im Besitze statt.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom Jahre 1840 in S. des Fiscus gegen die Stadt Bensheim, Besitzstörung hinsichtlich einer Wiese betr. (Lgsdff.)

158.

Strafen der unerlaubten Selbsthülfe. Voraussetzungen derselben, wenn es sich um die eigenmächtige Besitznahme einer als Eigenthum beanspruchten (unbeweglichen) Sache handelt.

Vgl. Bd. 5 Nr. 248.

Das nachfolgende Erkenntniß des zuständigen Mittelgerichts, aus welchem sich der in Frage kommende Sachverhalt in genügender Weise ergibt, wurde mittelst Erkenntnisses des OAG. zu

Celle vom 28 Jun. 1854, wegen nicht elidirter Entscheidungsgründe lediglich bestätigt.

„Der Kläger ist, den Anführungen und dem Gesuche seiner Klagschrift zufolge, mittelst des interdictum unde vi auf Realisirung der in der const. 7. unde vi (8, 4) dem gewaltsam Dejicirenden gedrohten Nachtheile klagbar geworden. Zur Substantiirung dieser Klage mußte aber theils die Anwendung wahrer Gewalt, [1]) theils aber auch die völlige Besitzentsetzung

cf. fr. 1 §. 45 D. de vi (43, 16)

behauptet werden.

Es ist jedoch eine wirkliche Gewaltthat vom Kläger überall nicht angeführt worden, indem die behauptete Gewalt den Darstellungen der Klage und der Replik zufolge lediglich in der Nichtbeachtung des Protestes des Klägers (gegen die Besitzergreifung des von demselben noch bewohnten, von den Beklagten gerichtlich erstandenen Hauses) bestanden hat, auch vom Kläger nur angeführt ist, daß die Beklagten in seine Wohnung eingedrungen seyen und sich dort in Besitz gesetzt haben, so wie daß er der Gewalt habe weichen müssen.

Aus diesen Handlungen, mit welchen ein Verbleiben des Klägers im Besitze noch immer vereinbar bleibt, ist aber eine Dejection desselben um so weniger zu folgern, als der Kläger in der Replik selbst eingeräumt hat, daß die Verklagten noch später gerichtliche Anträge wegen seiner Exmission gestellt haben.

Die angestellte Klage erscheint deßhalb als nicht substantiirt.“ [2])

Erk. in S. Gerd Menke zu Basbeck w. H. Witt und dessen Ehefrau wegen unerlaubter Selbsthülfe. (Hdf.)

---

1) Uebereinstimmend: Bangerows Pandekten (2te Aufl.) I. S. 154, 155.

2) Diesem Erkenntnisse liegt unzweifelhaft die Annahme zu Grunde, daß die durch das Decretum d. Marci und die C. 7 unde vi (8, 4) für die Selbsthülfe gedrohten Privatstrafen auch gegenwärtig noch anwendbar seyen. Von anderer Ansicht gieng eine von demselben Mittelgerichte in der nämlichen Rechtssache abgegebene frühere Entscheidung vom 1 März 1850, aus. Durch diese wurde das unterrichterliche, die angestellte Klage

Digitized by Google

159.

Schutz im Besitz eines öffentlichen Platzes. Zuständigkeit der Civilgerichte.

Vgl. Bd. 4 Nr. 81.

Ein Hauseigenthümer behauptete, Eigenthümer und Besitzer eines an seinen Hofraum angränzenden — dem äußern Anschein nach einen Theil der öffentlichen Straße (einer Sackgasse) bildenden — Platzes zu seyn, und bat um Schutz im Besitze desselben, in welchem er sich durch die von dem Stadtrath in St., aus dem Grunde, weil dieser Platz städtisches Eigenthum sey, ihm verweigerte Erlaubniß zur Umzäunung dieses Platzes gestört fand. Die Richter der beiden Vor-Instanzen hatten dem Antrag des Klägers gemäß erkannt. Diese Urtheile wurden von der beklagten Stadtgemeinde als nichtig angefochten, weil der streitige Platz einen Theil der R....-Straße bilde, die Benutzung der öffentlichen Straßen und Plätze durch die Ortseinwohner aber kein privatrechtliches Besitzverhältniß begründe, sondern lediglich unter Aufsicht der Polizei stehe, mithin der Streit gar keine bürgerliche Rechtssache sey.

Die Nichtigkeitsklage wurde jedoch verworfen, weil die Parteien gerade darüber streiten, ob der Platz zu der Straße oder

---

ohne weitere Verhandlung zurückweisende Erkenntniß bestätigt, „weil die Kläger — wenngleich sie sich durch ihr Verfahren einer Selbsthülfe schuldig gemacht — so wenig nach den Bestimmungen des römischen Rechts, welche durch entgegenstehende Praxis beseitigt sind, als nach denen des kanonischen Rechts, welches den juristischen Besitz des Spoliirten, also ein im vorliegenden Falle nicht vorhandenes Erforderniß voraussetzt — wegen ihrer Eigenmacht zur Wiedererstattung des Besitzes, resp. zu einer Privatstrafe verurtheilt werden können."

Das höchste Landesgericht beseitigte indessen damals durch Erkenntniß vom 31 Oct. 1850 die beiden vorinstanzlichen Entscheidungen, da es der angebrachten Klage an einem gesetzlichen Klaggrunde keineswegs ermangele, indem darin eine den Beklagten zur Last fallende unerlaubte Selbsthülfe behauptet worden ꝛc. Demgemäß ward dem betreffenden Untergericht aufgegeben, den erhobenen Rechtsstreit ordnungsmäßig zu instruiren.

(Hdf.)

Digitized by Google

zu dem an die Straße gränzenden Anwesen des Klägers gehöre, ob er also im Eigenthum der Beklagten oder im Eigenthum des Klägers sich befinde; und so gewiß der Streit über das Eigenthum an dem Platze von dem Civilrichter zu entscheiden seyn würde, so unzweifelhaft sey für die Klage auf Schutz im Besitz des angeblich im Eigenthum des Klägers befindlichen Platzes nur der Civilrichter zuständig.

In der Hauptsache selbst wurden die vorigen Urtheile bestätigt. Aus den Motiven ist nur anzuführen, daß die von der Beklagten erhobene Einwendung gegen die Statthaftigkeit der Besitzklage, weil nämlich der Platz, als Theil einer öffentlichen Straße, zu den dem privatrechtlichen Verkehr entzogenen Sachen gehöre und deßhalb überhaupt nicht Gegenstand des Besitzes seyn könne, [1]) als ungegründet verworfen wurde. „Für die Zulässigkeit der Besitzklage genügt es, daß die Sache, in deren Besitz der Kläger geschützt seyn will, eine solche Sache ist, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach eben so wohl im Eigenthume des Klägers als in dem der Beklagten seyn kann; der Streit über das Eigenthum selbst bleibt dem petitorischen Verfahren vorbehalten, und da jene Einwendung auf einer Voraussetzung beruht, welche erst in dem petitorischen Verfahren festgestellt werden kann, so war sie in dem gegenwärtigen Besitzverfahren nicht zu berücksichtigen."

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 11 April 1855. (v. H.)

---

1) Das röm. Recht zählt zwar auch diejenigen Sachen des Staats oder einer Gemeinde, welche nicht schon ihrer unveränderlichen Natur nach (wie die Flüsse), sondern durch willkürliche Bestimmung zum allgemeinen öffentlichen Gebrauch bleibend bestimmt sind, z. B. öffentliche Wege und Plätze, zu den dem Verkehr entzogenen Sachen. Doch scheint dasselbe den Besitz solcher Sachen nur dann auszuschließen, wenn dem, welcher sie besitzen will, das juristische Verhältniß der Sache bekannt war. fr. 30 §. 1 de poss. (41, 2). Jedenfalls ist es nach heutigem Rechte nicht zweifelhaft, daß das Eigenthum einer Gemeinde Gegenstand des Verkehrs sey, daß namentlich ein Theil einer Straße an einen Privaten veräußert oder von

Digitized by Google

160.

Veränderung des Waſſerlaufs. Macht es einen Unterſchied, ob ſich der bisherige Waſſergraben als natürliche Vertiefung oder als künſtliche Vorrichtung darſtellt?

In einem gegebenen Falle beſchwerte ſich der Beklagte um deßwillen, weil nicht ſpeciell die (den Klägern gemachte) Beweisaufgabe dahin geſtellt worden, daß der Graben, von deſſen Belaſſung es ſich handelte, eine künſtliche Vorrichtung geweſen ſey. Hierüber äußern die oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründe:

Dem Beklagten ſtehen die geſetzlichen Vorſchriften entgegen, nach welchen in Fällen, wie der vorliegende, der vetus mos, die vetus forma

C. 7 de servit. et aqua (3, 34)

nicht verletzt werden darf.

Beſtand ſeit alter (nach ſächſiſchem Gerichtsgebrauche der zur Verjährung nöthigen) Zeit eine Vertiefung in der Form eines Grabens auf dem Grundſtücke des Beklagten, welche auf den Wieſen der Kläger ihre Fortſetzung fand und zu deren Bewäſſerung diente, ſo bleibt es einflußlos, ob vor alter Zeit dieſe Form des Waſſerweges durch Natur oder durch Menſchenhände entſtanden iſt. Den Klägern kann nicht zugemuthet werden, zu beweiſen, wann und wie der Graben angelegt worden iſt, ſondern nur daß während der Verjährungszeit ein ſolcher Graben exiſtirt und ihren Grundſtücken das Waſſer von dem des Beklagten zugeführt hat. Hiegegen läßt ſich ein Zweifel um ſo weniger erheben, wenn man erwägt, daß es ſich hier, nach dem vom Beklagten eingeräumten Sachverhältniſſe, nicht um ein Verlangen der Kläger an den Beklagten, den natürlichen Ablauf des Regen- oder Quellwaſſers, welcher ihren Grundſtücken ſeit langer Zeit Vortheile gebracht hat, nicht zu hindern,

Vgl. fr. 1 §. 21 de aqua et aqu. pluv. arc. (39, 3),

---

dieſem unter den erforderlichen Vorausſetzungen durch Erſitzung erworben, oder ein Dienſtbarkeitsrecht daran erlangt werden kann. D. E.

sondern um eine gemeinschaftliche Wasserleitung aus einem Bache handelt, und der Beklagte selbst zugibt, daß er kein Recht habe, an den dießfalls bestehenden Einrichtungen solche Aenderungen vorzunehmen, wodurch die Ausübung dieses gemeinschaftlichen Wasserbefugnisses für die Kläger geschmälert würde, oder wohl ganz verloren gehen könnte.

Erk. des OAG. zu Dresden v. Febr. 1853 (Ficker wider Hüler) Ztschft. f. Rpfl. und VW. N. F. Bd. 12 S. 474.

161.

Rechtsmittel der Müller. *Operis novi nunciatio.* **Interdicte zum Schutze der Flußwasser-Nutzung.**

Die Gemeinde F. ließ in dem Seebache, welcher die Mühle der Johannes Jung's Wittwe treibt, unterhalb der Mühle, nach vorgängiger Einholung der Erlaubniß der Verwaltungsbehörde, ein Stauwehr zunächst im Interesse des Betriebes der Brauerei im Gemeindebrauhause errichten. Am 16 Oct. 1852 wurde die Anlage vollendet. Am 14 Oct. 1853 erhob die Jung's Wittwe eine Klage gegen die Gemeinde, in welcher sie anführte, daß sie durch Anlegung des Wehres in der Benutzung des Wassers beeinträchtigt werde, indem dadurch das Wasser des Baches in seinem freien Laufe gehemmt, das Wasser gegen das Mühlrad gestaut und ihr dadurch Schaden zugefügt werde. Sie habe auch vor Vollendung des Werkes Angesichts desselben, in Gegenwart der Zimmerleute, Protest dagegen eingelegt und könne daher jetzt in Folge des gegen die operis novi nunciatio fortgesetzten Baues mit dem interdictum demolitorium Entfernung der Anlage verlangen. Die Beklagte läugnete die Fortdauer einer außergerichtlichen op. n. nunc. im heutigen Rechte, die Vornahme des Verbotes selbst, und wollte nur das interd. quod vi aut clam für zuläßig anerkennen, schützte aber gegen dieses die Einrede der Verjährung vor, weil ihr die Klage erst nach Ablauf eines Jahres, von Vollendung der Anlage an, mitgetheilt worden sey, und berief sich außerdem auf die mit obrigkeitlicher Geneh-

Digitized by Google

migung geschehene Anlage des Wehres. Der Klägerin wurde der Beweis auferlegt: daß die Beklagte, gegen den im Angesichte des fraglichen Werkes erhobenen ausdrücklichen Widerspruch, den fraglichen Wehrbaum in den Seebach habe legen lassen, daß dadurch das Wasser dieses Baches in seinem freien Laufe gehemmt und der Klägerin Schaden zugefügt werde, unter Verwerfung der übrigen Einreden.

Bei der Beurtheilung der Sache in dritter Instanz gieng man von folgenden Sätzen aus: Es sey die außergerichtliche nunciatio novi oper. heutzutage noch zulässig, und begründe das interdictum demolitorium. Wenn dagegen geltend gemacht werde, daß dann auch eine Privat-Nunciation 30 Jahre lang zu dem interdictum demolit. genüge,[1]) so möchte dieß wohl ein legislatives Bedenken abgeben, allein es nicht rechtfertigen, das einmal bestehende, und nicht in desuetudinem gekommene Gesetz außer Anwendung zu lassen. Es sey wohl nicht nöthig, daß der Nunciant bei Einlegung seines außergerichtlichen Verbotes gegen eine Anlage das Recht bezeichne, auf welches er sich stütze, sondern es sey dieß nur dann erforderlich, wenn die Hülfe des Richters angerufen werde, dem die Verhältnisse nicht so bekannt seyen, wie dem Nuncianten und Nunciaten. Das jus prohibendi sey übrigens hier darin begründet, daß die Klägerin zufolge

fr. 1 §. 3, 12 de fluminibus etc. (43, 12.)

ein durch ein Interdict geschütztes Recht habe,[2]) daß in dem perennirenden Seebache keine ihr schädliche Anlage vorgenommen

1) Bezugnahme auf Zimmermann im Arch. f. civ. Praxis Bd. 37 Nr. 9.

2) §. 12 cit.: „Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coërcet Praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. Sed Labeo scribit: non esse iniquum, etiam si quid in eo flumine quod navigabile non sit, fiat, ut exarcescat, vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere, ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursusve fluminis deterior sit, fiat, tollere, demoliri, purgare, restituere viri boni arbitratu possit."

Digitized by Google

werde. Die novi operis nunciat. könne sich aber ebenso gut auf den Grund von Privatrechten, als auf den Grund einer causa publica (der Baugesetze) stützen.

v. Bangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen Bd. 3 S. 507.[3])

Daß für einen solchen Fall, wie der vorliegende, überhaupt ein Rechtsmittel gegeben seyn müsse, gehe aus der Betrachtung hervor, daß sonst die Gemeinde befugt seyn würde, nicht nur unterhalb der Mühle, sondern auch oberhalb derselben ein Stauwehr anzulegen und dadurch den Gebrauch der Mühle unmöglich zu machen. Die Klage sey darnach auch nicht verjährt, und ebenso wenig könne hier von einer entgegenstehenden obrigkeitlichen Anordnung die Rede seyn. Denn entweder habe die Verwaltungsbehörde als Polizeibehörde die Erlaubniß zur Anlegung des Wehres ertheilt — so habe hierdurch ein Privatrecht nicht berührt werden können und sollen; — oder sie habe als obervormundschaftliche Behörde der Gemeinde gehandelt — dann repräsentire jene mit dieser Eine Person und theile mit ihr den Eingriff in ein Privatrecht. Hätte etwa behauptet werden wollen, es liege eine eigentliche Administrativsache vor, so hätte die Behörde selbst einen Competenz-Conflict erheben müssen.

Urtheil des OAG. Darmstadt v. 15 Januar 1855 in S. Johann Jung's Wittwe w. Gemeinde Freienseen, Errichtung einer neuen Anlage betr. Lit. F. Conv. 30 Nr. 271.

(3.)

Im Falle einer andern Rechtssache (der beiden Müller A. und B., von welchen jeder eine unterschlächtige Mühle an demselben, oberhalb der Mühle des A. aus dem Lahnfluße abgeleiteten Mühlgraben hat) hatte B. oberhalb seiner Mühle an dem genannten Fluß einen Damm gezogen, um das Lahnwasser mittelst eines in den Mühlgraben führenden Verbindungscanals zu benützen. Durch diese Anlage wurde (nach der Behauptung des A.) das Wasser im Mühlgraben gestaut, mit der Folge, daß die Mühlräder des A. mehrere Fuß tief im Wasser standen und

3) Vgl. indessen Sintenis, prakt. Civilrecht Bd. 2 §. 124 in der Note 59 S. 762 in der 2ten Columne ad 8.

Digitized by Google

im Umlaufen gehemmt wurden. Die auf Wegräumung dieser Anlage gerichtete Klage des A. gegen B. wurde oberstrichterlich, im Hinblick auf fr. 1 §. 7, XLIII, 13 [4]), als „interdictum, ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit" aufgefaßt und für begründet erachtet, indem das OAG. dem Kläger zu beweisen auflegte: daß durch den fraglichen Damm eine Stauung des Wassers im Mühlgraben und hiedurch eine Hemmung des Ganges der Mühlräder in seiner (des Klägers) Mühle bewirkt werde.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 17 Juni 1854 in S. Henkel w. Kilian. Lit. H. conv. 34 Nr. 155. (Z.)

162.

Schwängerungsklage, auf einen bestimmten Zeitpunkt der Conceptionsperiode gestellt. Eideszuschiebung, die ganze Conceptionsperiode umfassend.

In einem Schwängerungsprocesse hatte sich die Klage auf einen einzigen Zeitpunkt der Conceptionsperiode beschränkt; der Beischlaf sollte stattgefunden haben „in der Nacht vorher, ehe Beklagter seinen Dienst in T. verließ." Später war von der Klägerin darauf angetragen, es möge dem Beklagten der Haupteid im allgemeinen darüber zuerkannt werden, daß er in der Periode vom 7 bis 10 Monat von der Geburt des Kindes zurückgerechnet den Beischlaf nicht mit ihr vollzogen habe. Dieß würde (bemerken die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe) allerdings zulässig seyn, wie es auch in manchen anderen Fällen geschieht,

---

4) „Sed etsi aliqua utilitas vertatur ejus, qui quid in flumine publico fecit (pone enim grande damnum flumen ei dare solitum, praedia ejus depopulari), si forte aggeres vel quam aliam munitionem adhibuit, ut agrum suum tueretur, eaque res cursum fluminis ad aliquid immutaverit, cur ei non consulatur? Plerosque scio prorsus flumina avertisse, alveosque mutasse, dum praediis suis consulunt: oportet enim in hujusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectare, sine injuria utique accolarum."

Digitized by Google

wenn nur das Vorbringen in der Klage ebenfalls in solcher Allgemeinheit gehalten wäre. Im Hinblicke auf die Begränzung des factischen Klagvorbringens wurde Bedenken getragen, dem Beklagten die Eidesleistung in der später beantragten, die ganze Conceptionsperiode betreffenden Fassung anzusinnen. Indessen wurde beigefügt: wenn Beklagter den nach Inhalt der Klagschrift normirten Eid schwören sollte, so ist die Wirkung davon nur diese, daß derselbe von der gegenwärtigen Klage, so wie sie gefaßt ist, freigesprochen wird. Könnte sodann Klägerin in einem neuen Klagvorbringen noch andere Zeiten und Gelegenheiten angeben, wo zwischen ihr und Beklagtem der Beischlaf stattgefunden habe, so würde ihr die Rechtskraft der jetzigen Entscheidung nicht entgegenstehen.

Erk. des OAG. zu Dresden vom October 1852. Sächs. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 12 S. 360.

163.

Verurtheilung des Schwängerers, zu ehelichen oder zu dotiren. Alternative Verbindlichkeit. Wirkung des Verzugs.

Vgl. Bd. 1 Nr. 131; Bd. 7 Nr. 48.

Ist der Schwängerer verurtheilt, die Geschwängerte innerhalb einer bestimmten Frist zu ehelichen oder zu dotiren, so hat der bei Erfüllung dieser alternativen Verbindlichkeit eingetretene Verzug auf Seiten des Schwängerers nicht die Folge, daß derselbe das ihm zustehende Wahlrecht ohne weiteres verliert, indem die Vorschriften der Gesetze, welche von dem Falle reden, wo mehrere Zahlungs-Orte alternativ verabredet sind, hier analoge Anwendung nicht finden, vielmehr ein unbedingt und unbeschränkt zustehendes Wahlrecht bis zum letzten Augenblicke ausgeübt werden darf. Da indessen der Verurtheilte eine bestimmte Erklärung darüber abzugeben verbunden ist, welche Art der Erfüllung er wählen wolle, so muß binnen einer angemessenen Frist bei Verlust des Wahlrechts die bestimmte Erklärung von ihm gefordert

werden, ob er sich für Ehelichung oder Dotirung der Geschwängerten entscheide.

Erk. des OAG. zu Celle (1850) in S. Josephine Sieleke zu Gr. Giesen wider Andreas Lücke daselbst wegen Ehelichung. (Erck.)

164.

Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe und einem geleisteten Eheversprechen. Wirkung der Einlassung auf die Klage in Betreff des activen Klagen-Uebergangs.

Dem Schwängerer liegt gesetzlich die alternative Verbindlichkeit ob, die Geschwächte zu heirathen, oder wegen der entzogenen jungfräulichen Ehre vollständig zu entschädigen. Befindet er sich rücksichtlich der Erfüllung dieser alternativen Verbindlichkeit im Verzuge, und ist er von der Geschwächten dieserhalb gerichtlich in Anspruch genommen, so hat der nach verhandelter Klage und darauf erfolgter Einlassung eingetretene Tod der Geschwächten die Wirkung, daß das vorhandene Obligationsverhältniß wegen der dem Schwängerer zur Last fallenden Mora perpetuirt und auf die Erben der Geschwächten übertragen wird. Ein gleiches läßt sich in Betreff des aus einem Eheversprechen geltend gemachten Entschädigungsanspruchs nicht annehmen. Aus einem solchen Versprechen entstand für den Beklagten nur die Verbindlichkeit, die Klägerin zu ehelichen. Durch den im Verlaufe des Rechtsstreites erfolgten Tod der Klägerin ist dem Beklagten die Erfüllung jener Verbindlichkeit unmöglich gemacht, es kann daher bei dem Hinwegfallen des eigentlichen Klagobjects von einem Uebergange des gedachten Anspruchs auf die Erben der ursprünglichen Klägerin keine Rede seyn.

Erk. des OAG. zu Celle 1850 in S. Marcus Weinberg zu Meppen, als Vormund der Minna Heller daselbst, wider Gottfried Benjamin zu Aschendorf wegen Eheversprechens und Schwängerung. (Erck.)

Digitized by Google

165.

Alimentationsklage vor der Entbindung.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Allerdings begründet der Beischlaf nicht an sich, sondern nur erst in Verbindung mit der Geburt eines lebenden Kindes innerhalb der gesetzlichen Conceptionsfrist die Alimentationsverbindlichkeit. In vorausgesetztem Hinzukommen dieser Thatsache, deren Eintritt oder Nichteintritt nicht etwa auf eine unbestimmte Zeit hin ungewiß bleiben kann, sondern sich während eines bestimmten, nach Anleitung der Zeit des Beischlafes im voraus genau zu bemessenden Zeitraums entscheiden muß, ist aber der Schwängerer sofort von Geburt des Kindes an zu Gewährung des gesetzlichen Alimentationsbeitrags verpflichtet, und die Mutter zu dessen vorschußweiser Aufwendung dem Schwängerer gegenüber nicht verbunden. Zu dieser praktischen Rücksicht für die Bedürfnisse der Mutter und des Kindes tritt die Erwägung hinzu, daß durch Zulassung einer Alimentationsklage vor der Niederkunft die Rechtsvertheidigung des Schwängerers in keiner Beziehung beeinträchtigt oder beschränkt wird, indem übrigens dessen Verurtheilung in einem solchen Falle nur dahin erfolgen kann:

daß Beklagter der Klägerin für das von ihr zu gebärende Kind von dessen Geburt an, dafern Klägerin ihre innerhalb der, nach den jedesmaligen concreten Umständen zu normirenden gesetzlichen Conceptionsfrist erfolgte Entbindung von einem lebenden Kinde annoch nachweist, den zu bestimmenden Alimentationsbeitrag zu gewähren verbunden.

Erk. des OAG. zu Dresden vom October 1852. Sächs. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. 12. S. 361.

Digitized by Google

166.

Wirkſamkeit der *exc. plurium concumbentium* ohne Rückſicht darauf, daß der andere *concumbens* angeblich der Verlobte der *stuprata* geweſen. Begränzung der gedachten Einrede hinſichtlich der Zeit des behaupteten anderweiten außerehelichen Beiſchlafs.

Seitens der stuprata war gegen die Einrede, daß ſie ſich namentlich mit einem beſtimmten Manne in Unehren abgegeben habe, abgeſehen von dem Läugnen dieſes Umſtandes, geltend gemacht, daß der Genannte ihr Verlobter geweſen und eben durch die ſeitens des Beklagten erfolgte Schwängerung die bereits feſtgeſetzte Heirath mit jenem rückgängig gemacht ſey.

Das höchſte Gericht ſprach indeſſen, in Uebereinſtimmung mit den Vorentſcheidungen, aus, wie der Umſtand, daß die stuprata mit dem Genannten (Einnehmer Th.) verlobt geweſen, die exc. plurium concumbentium nicht beſeitigen könne.

Abweichend von den Erkenntniſſen der Vorinſtanzen,

welche den Beweis der Einrede der mehreren Concumbenten ohne Beſchränkung hinſichtlich der Zeit des anderweiten concubitus auferlegt hatten,

hielt dagegen das höchſte Gericht eine Modificirung des Beweisſatzes in der hervorgehobenen Beziehung für erforderlich.

„Die Einrede der mehreren Concumbenten ſetzt, da ſie die Klage beſeitigen ſoll — welche darauf gegründet iſt, daß der beklagte Schwängerer durch den vollzogenen Beiſchlaf der stuprata die jungfräuliche Ehre genommen — weſentlich voraus, daß der derſelben untergelegte verbotene Umgang mit einem andern Manne als dem Schwängerer vor dem die Klage veranlaſſenden außerehelichen Beiſchlafe, oder doch früher ſtattgefunden hat, als der Schwängerer durch ſeine Weigerung, die Ehe mit der Geſchwächten einzugehen, von dem ihm zuſtehenden Wahlrechte Gebrauch gemacht hat."

Erk. des OAG. zu Celle vom 14 Jan. 1843 in Sachen der Anna Blancke wider den Bäckermeiſter Pape wegen Schwängerung. (Hdf.)

Digitized by Google

167.

Einrede mehrerer Conſtupratoren.

Vgl. Bd. 1 Nr. 232.

Nach dem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche, wie ihn insbeſondere auch das Ober-Appell.-Gericht Jena bisher beobachtet hat, befreit obige Einrede nicht von der Alimentationspflicht. Jeder der mehreren Conſtupratoren kann in solidum ſo lange in Anſpruch genommen werden, als nicht Einer der andern bereits gezahlt hat.

Erk. des OAG. zu Jena v. 31 Dec. 1844 i. c. Dor. Wehner w. Gottfried Henſe. (E.)

168.

Nichtigkeit, reſp. Trennung der Ehe wegen veneriſcher Krankheit.

Vgl. Bd. 7 Nr. 191.

Das OAG. zu Celle gieng bei einer am 10 Nov. 1843 abgegebenen Entſcheidung von folgenden Grundſätzen aus:

Es iſt ſo wenig in dem Umſtande daß die beklagte Ehefrau, wie der Kläger behauptet, vor der Eingehung der Ehe und reſp. zur Zeit der Eingehung derſelben an einer veneriſchen Krankheit — ſofern dieſe nicht unheilbar war — gelitten, als in demjenigen, daß ſie ſich dieſe Krankheit durch unerlaubten Umgang mit andern Männern zugezogen, ein genügender Grund zu finden, um die Ehe für ungültig zu erklären.

Auch iſt die (nach Anſicht des Klägers zum Beweiſe zu verſtellende) Behauptung,

> daß der beklagten Ehefrau das veneriſche Uebel, mit welchem ſie zur Zeit der Eingehung der Ehe behaftet, ſelbſt bekannt geweſen ſey,

deßhalb für irrelevant zu achten, weil von dem Kläger ſelbſt nicht hat behauptet werden mögen, daß die Beklagte in böslicher Abſicht, um ſein Leben und ſeine Geſundheit zu gefährden, ihm das Uebel, an welchem ſie gelitten, verheimlicht habe.

Das vorinstanzliche (geistliche) Gericht, das Consistorium zu Hannover, war, hinsichtlich des ersten Punktes, anderer Ansicht gewesen. Es hatte nämlich die Behauptung des Klägers,

> daß die Beklagte vor der Ehe mit einem syphilitischen Uebel behaftet gewesen, sie sich dieses durch leichtfertigen Lebenswandel zugezogen habe, und ihm dieß vor der Ehe nicht bekannt gewesen,

unbedingt für relevant erachtet, um, den Fall des Beweises vorausgesetzt, einen zur Annullation der Ehe genügenden Irrthum auf Seiten des klagenden Ehemanns anzunehmen.

In neuerer Zeit ist indessen das gedachte Gericht — nach einer in einem anderen Ehescheidungsprocesse abgegebenen Entscheidung — auch in dieser Beziehung der Ansicht des höchsten Landesgerichts beigetreten. In der fraglichen Entscheidung, vom 29 Juni 1854, wird nämlich angenommen,

daß die venerische Krankheit, an welcher in diesem Falle der beklagte Ehemann vor Eingehung der Ehe gelitten hat, nur dann als genügender Ehescheidungsgrund anzusehen sey, wenn sie unheilbar gewesen, während die Klägerin selbst das Gegentheil eingeräumt;

daß ferner der vom Beklagten zugestandene Umstand, daß er der Klägerin durch Vollziehung des Beischlafs mit derselben das venerische Uebel zugeführt habe, um deßwillen für erheblich nicht erachtet werden könne, weil von der Klägerin nicht behauptet sey, daß der Beklagte während seines Krankheitszustandes in der böslichen Absicht, ihr Leben oder ihre Gesundheit gefährden zu wollen, ihr ehelich beigewohnt habe.

Juristische Zeitung für Hannover Jahrg. 1854. S. 323 ff.

(Hdf.)

169.

Veräußerung des *fundus dotalis*. Anfechtung durch den veräußernden Ehemann.

A. klagte gegen B. (auf Grund Erwerbs durch Ersitzung) auf Anerkennung einer Fahrwegsgerechtigkeit über den Hofraithegrund

Digitized by Google

des B., welcher, einräumend Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstückes zu seyn, die Servitut in Abrede stellte. In dem Beweisverfahren wollte nun B. geltend machen, daß die angeblich dienende Hofraithe, da sie ihm und seiner Braut früher wäre angeschlagen worden, als fundus dotalis erscheine, und daher, wenn er aus Nachlässigkeit die Entstehung der Servitut habe geschehen lassen, hierin eine nichtige Veräußerung liege und die Ersitzung als juristisch unmöglich erscheine.

Dieses Vorbringen wurde für unerheblich erachtet, unter andern auch aus dem Grunde, weil der veräußernde Ehemann seine Handlung nicht selbst als nichtig anfechten könne [1]), indem die Veräußerung der Dotalgrundstücke nur zum Vortheil der Ehefrau nichtig sey, und diese Nichtigkeit erst nach Auflösung der Ehe mit Wirksamkeit geltend gemacht werden könne, was um so mehr gelten müsse, wenn der Ehemann durch eigene schuldvolle Unterlassung die Belastung des Dotalgutes mit einer Servitut herbeigeführt habe.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 6 Jan. 1855 lit. D. Conv. 13 Nr. 266. (Z.)

170.

Vertragsmäßiger Nichteintritt der gesetzlichen ehelichen Gütergemeinschaft.

Auf den Antrag der Eheleute St. ward vom holsteinischen Obergerichte eine öffentliche Bekanntmachung dahin erlassen: „daß dieselben ihren bisherigen Wohn- und Aufenthaltsort H. im Dithmar'schen zu verlassen und nach G. im Herzogthum Schleswig zu ziehen beabsichtigten, ohne dadurch die bisher zwischen

---

1) Zufolge einer andern Mittheilung aus demselben Erkenntnisse (Lgsdff.) unter Bezugnahme auf das Wegfallen der Ungültigkeit einer solchen Veräußerung, wenn die Frau gestorben, und die Mitgift dem Manne zugefallen ist; vgl. fr. 17 de fundo dotali (23, 5); fr. 42 de usuc. et usurp. (41, 3).

Digitized by Google

ihnen nicht bestandene Gütergemeinschaft eintreten lassen zu wollen. Als später gegen den Ehemann St. in T. auf Anhalten eines Gläubigers die Pfändung verfügt und vollstreckt worden war, trat die Ehefrau St. mit einer Klage gegen jenen Gläubiger auf, in welcher sie, mit Berufung auf die erwähnte Bekanntmachung, gewisse der Pfändung mit unterzogene Sachen als ihr Eigenthum in Anspruch nahm, behauptend, daß diese Sachen von ihr im Dithmar'schen während ihrer Ehe angeschafft und aus ihrem eigenen Vermögen bezahlt seyen. Das schleswig'sche Obergericht erkannte auf den Beweis dieser letztern Thatsache. In den oberstrichterlich gebilligten Entscheidungsgründen heißt es:

Die Gesetze, welche sich auf die Güterverhältnisse der Eheleute unter einander beziehen, kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Eheleute nicht etwas anderes durch Vertrag festgesetzt haben. Es fragt sich daher, ob im vorliegenden Falle statt der lowrechtlichen, sich auf die ehelichen Güterverhältnisse beziehenden Grundsätze, ein anderes Güterverhältniß zwischen der Klägerin und deren Ehemann mit Bestand Rechtens vereinbart worden ist.

Aus der Bekanntmachung des holsteinischen Obergerichts geht nun hervor, daß es der Klägerin und ihres Ehemannes beiderseitiger Wille gewesen ist, trotz der Veränderung ihres Wohnorts, die bisher nicht zwischen ihnen bestandene Gütergemeinschaft nicht eintreten zu lassen. Da sie diesen gemeinschaftlichen Willen dem holsteinischen Obergerichte angezeigt und gemeinschaftlich um Erlassung der fraglichen Bekanntmachung gebeten haben, so kann es nicht zweifelhaft seyn, daß eine Vereinbarung, welche den Inhalt der erwähnten Bekanntmachung zum Gegenstande hatte, zwischen ihnen zu Stande gekommen ist. Welches Güterverhältniß sie statt des im Jütschen Low festgesetzten für sich gelten lassen wollten, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt; aus der Erklärung, die bisher nicht zwischen ihnen bestandene Gütergemeinschaft nicht eintreten lassen zu wollen, folgt aber klar genug, welche Güterverhältnisse sie an die Stelle der an ihrem neuen Wohnorte gesetzlichen für sich zur Anwendung zu bringen beabsichtigten, indem in der obengedachten Erklärung selbstverständlich

Digitized by Google

liegt, daß sie, wie bisher in getrennten Gütern leben wollten. Endlich ist ferner in der Klage angeführt, daß die Klägerin und ihr Ehemann dem Dithmarsischen Landrechte, nach welchem keine Gütergemeinschaft unter Eheleuten stattfinde, unterworfen seyen, obgleich sie ohne Frage während ihres Aufenthaltes in H. . . . . unter der Herrschaft des Sachsenrechts standen, auch nach dem Dithmarsischen Landrechte nicht in jeder Beziehung Getrenntheit der Güter, sondern eine Gemeinschaft der Errungenschaft unter den Eheleuten vorschriftsmäßig ist. Es muß jedoch als völlig irrelevant angesehen werden, daß die Klägerin und ihr Ehemann bei der Bestimmung, daß das zwischen ihnen bestandene Güterverhältniß auch künftig beibleiben solle, sich rücksichtlich des Gesetzes, nach welchem sie bisher beurtheilt worden, geirrt haben. Die Voraussetzung, unter welcher sie die Bekanntmachung behaupteter maßen beantragt haben, nämlich, daß sie in getrennten Gütern gelebt hätten, war richtig, da das Sachsenrecht für sie zur Anwendung gekommen war, hiernach aber ohne Zweifel keine Gütergemeinschaft, sondern getrenntes Güterverhältniß unter Eheleuten statt hat. Unter diesen Umständen ist auch die fragliche, zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann geschlossene Vereinbarung bestimmt genug, so daß von dieser Seite gegen die Rechtsbeständigkeit nichts eingewandt werden kann. Es hat jedoch der Beklagte in formeller Beziehung hervorgehoben, daß die Bekanntmachung, auf welche die Klägerin sich berufe, vom Gerichte eines andern Landes erlassen und daher im Herzogthum Schleswig wirkungslos sey. . . . . Hiegegen muß jedoch bemerkt werden, daß die Rechtsbeständigkeit der Verträge unter Ehegatten über ihre ehelichen Güterverhältnisse . . . . von keiner besondern Form abhängig ist. Namentlich ist auch eine Bekanntmachung des Inhalts derselben nicht erforderlich. Zwar pflegt dieselbe gewöhnlich von den contrahirenden Eheleuten veranlaßt zu werden; eine gesetzliche Vorschrift, welche die Gültigkeit der in Rede stehenden Vereinbarungen von ihrer Veröffentlichung abhängig machte, existirt aber nicht. Waren die Klägerin und ihr Ehemann nun überall nicht genöthigt, den Inhalt ihrer hier in Betracht kommenden Vereinbarung publiciren zu lassen, so ist eine

Digitized by Google

Untersuchung darüber, ob die Bekanntmachung von der beikommenden Behörde ausgegangen sey, völlig überflüssig. . . . . .
Erk. des OAG. zu Kiel v. 7 August 1847. (P.)

171.

Vor Eingehung der Ehe errichtete Ehepacten bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner öffentlichen Bekanntmachung.

In den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses heißt es: Weder ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, noch eine derselben gleich zu achtende Gewohnheit machen die Gültigkeit und Wirksamkeit der vor Eingehung der Ehe errichteten Ehepacten (durch welche die in der Stadt Altona gesetzlich eintretende Gütergemeinschaft unter Eheleuten ausgeschlossen worden), dritten gegenüber, von einer öffentlichen Bekanntmachung derselben abhängig.
Erk. des OAG. zu Kiel v. 31 August 1842. (P.)

172.

Merkmale eines gemeinschaftlichen Handels der Eheleute.

Vgl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 6 S. 285; Bd. 8 S. 318.

Die Güterabsonderung, welche die Ehefrau im Falle des Concurses ihres Mannes der Regel nach beanspruchen kann, ist nach vielen Particularrechten [1]) dann, wenn beide Ehegatten einen „gemeinen Handel" getrieben, nicht anders gestattet, als wenn zuvor alle Schulden, für welche die Frau mithaftet, bezahlt sind.

In Beurtheilung einer Rechtssache dieser Kategorie äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Annahme eines von Mann und Frau in offenem Laden gemeinschaftlich betriebenen Handels ist durchaus nicht allein

1) Im gegebenen Falle handelte es sich von Anwendung der Frankfurter Reformation Tit. 7 §. 12 und 21.

Digitized by Google

dann begründet, wenn die letztere ununterbrochen oder wenigstens in gleichem Maße, wie der Mann, an dem Geschäfte sich betheiligt hat, sondern es genügt dazu auch schon eine bloß zeitweise und hinter der des Mannes zurückstehende Thätigkeit der Frau, insofern dieselbe nur die Gestalt einer regelmäßigen Theilnahme an dem Geschäftsbetriebe angenommen hat.

Nun ergibt sich, daß das hier in Rede stehende Handelsgeschäft zu denjenigen gehört hat, die nicht durch Gehülfen, sondern von den Inhabern in Person betrieben werden; so wie daß dasselbe zwar gewöhnlich durch den Ehemann der Liquidantin allein versorgt werden konnte, zeitweise jedoch — bei vorübergehender Abwesenheit des letzteren oder großem Andrange von Käufern, wie er namentlich zur Meß- und Weihnachtszeit vorzukommen pflegte, eine Aushülfe nothwendig wurde. Wenn nun die Liquidantin (wie sie selbst angibt) es gewesen ist, die bei solchen öfters und mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden Veranlassungen die erforderliche Aushülfe geleistet hat, namentlich zur Ueberwachung der fremden Käufer im Laden gegenwärtig gewesen ist, auch selbst verkauft und die Verkäufe in ein dazu bestimmtes Notiz- oder Schmierbuch eingeschrieben hat, so kann in dieser ihrer auf Erhaltung eines ordnungsmäßigen Ganges des ganzen Geschäftes gerichteten und zu dessen gehörigem Bestande nothwendigen Thätigkeit nicht ein bloß „gelegentliches", durch besondere unvorhergesehene Umstände herbeigeführtes Einschreiten gefunden werden. Dieselbe stellt sich vielmehr als eine wahre und regelmäßige Theilnahme an dem Betriebe des Handelsgeschäftes dar.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 29 Jänner 1855 (Ehefrau Heyne w. Heynesche Concursmasse). Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 3 S. 19 f.

Digitized by Google

173.

Dispositionsbeschränkung in Beziehung auf den zweiten Ehegatten. Was gebührt demselben, wenn dem Kinde erster Ehe nichts, oder weniger als der Pflichttheil hinterlassen ist?

Der mit Hinterlassung von drei Kindern verstorbene Gastwirth Kleinhans hatte mit seiner zweiten Ehefrau, der später verehelichten Keller, einen Erbvertrag abgeschlossen, in welchem sich die beiden Contrahenten wechselseitig zu Erben eingesetzt und nur bestimmt hatten, daß was bei des Letztversterbenden Tode noch übrig sey, ihre Kinder und Anerben erhalten und erben sollten. Nachdem in dem, auf Herausgabe des Kleinhans'schen Nachlasses (an die erwähnten Kinder) gerichteten Rechtsstreite auch von dem höchsten Landesgerichte die Anwendbarkeit der Vorschriften des römischen Rechts über die Nachtheile der zweiten Ehe auf den abgeschlossenen Erbvertrag anerkannt war (vergl. Bd. 7 Nr. 204 dieses Archivs), wurde der verklagten Ehefrau Keller, früher verwittweten Kleinhans, das Recht zugesprochen, $^1/_9$ von dem Nachlasse ihres weil. Ehemannes, als den Betrag des Pflichttheils, zurückzubehalten. Dieser verfügte Abzug ward folgendergestalt gerechtfertigt:

„Der zweiten Ehefrau darf zwar ein Mehr nicht zugewandt werden, als dem Kinde erster Ehe, welches am wenigsten erhält. Als diese s. g. minor portio ist aber, wenn dem Kinde voriger Ehe gar nichts, oder weniger als der Pflichttheil hinterlassen worden, der gesetzlich gebührende Pflichttheil anzusehen, welcher als mindestens hinterlassen angenommen werden muß. Dieser muß also auch der zweiten Ehefrau bei Herausgabe des mehr Zugewandten verbleiben."

Erk. des OAG. zu Celle vom 8 Oct. 1853 in S. des Bürgers J. F. Kleinhans zu Lancaster wider die Ehefrau Keller, verw. gewesene Kleinhans, wegen Herausgabe einer Erbschaft. (Hdf.)

Digitized by Google

174.

Kein Anſpruch erwachſener Kinder auf Lohn für häusliche Dienſte.

Vgl. Bd. 1 Nr. 354; Bd. 8 Nr. 259.

Aus den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung entnehmen wir was folgt:

Inſofern eine ſolche Uebereinkunft zwiſchen Vater und Tochter (ein Engagiren, ihm den Haushalt zu führen) nicht wenigſtens ſtillſchweigend ſtattgefunden hat, kann letztere keine Lohnvergütung in Anſpruch nehmen, weil ſie nicht in Abrede ſtellt, während jener Zeit den vollſtändigen Lebensunterhalt im Hauſe des Vaters gefunden zu haben, dagegen aber zur unentgeltlichen Leiſtung aller häuslichen Dienſte verpflichtet war.

Thibaut, Pand. (ed. 8) §. 240.

Auch kann man nicht einwenden, daß die Beklagte, wenn ſie nicht bei dem Vater verblieben wäre, anderweit durch Dienen bei fremden Herrſchaften einen Verdienſt gefunden haben würde, der ihr nunmehr entgangen ſey, und wofür ſie einen Erſatz in Anſpruch nehmen könne. Denn theils verſteht es ſich keineswegs von ſelbſt, daß die Beklagte in Dienſt gegangen ſeyn würde, da im Gegentheil die Töchter von Handwerkern nicht ſelten bei den Eltern verbleiben, auch wenn ſich ihnen Gelegenheiten zum Dienen darbieten; theils war der Beklagten dadurch, daß ſie bei dem Vater verblieb, gar nicht alle Gelegenheit zum eigenen Verdienſte entzogen; theils hat ſie auch für dasjenige, was ihr an Verdienſt entgangen ſeyn mag, Erſatz gefunden durch die größere Annehmlichkeit ihrer ganzen Stellung im väterlichen Hauſe, wo ſie dem Hausweſen und dem ganzen Geſchäfte während einer Zeit von 30 Jahren gleich der Frau vom Hauſe mit vorgeſtanden hat.

. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 31 Jänner 1843. Gedruckte Brem. Samml. Bd. 1 S. 150.

Digitized by Google

175.

Befreiung von der Vormundschaft wegen des Daseyns eigener Kinder.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung heißt es: Der Appellant hat bescheinigtermaßen sechs eheliche Kinder am Leben. Das gemeine Recht statuirt schon eine geringere Anzahl ehelicher Kinder als Befreiungsgrund von der Uebernahme einer Vormundschaft. Ein der gemeinrechtlichen Bestimmung über diesen freiwilligen Excusationsgrund derogirendes Gewohnheitsrecht im Herzogthum Lauenburg ist nicht nachgewiesen. [1]

Erk. des OAG. zu Kiel v. 5 Febr. 1842. (P.)

176.

Vormundschaftsbestellung bei mehreren gleich nahen Verwandten. Anwendbarkeit der Vorschriften der Nov. 118 cap. 5.

In einer Vormundschaftssache hatte das zuständige Untergericht den Bruder des weil. Vaters der Pupillen zum ersten Vormunde bestellt. Die neben demselben zu Vormündern ausersehen gewesenen Söhne eines andern bereits verstorbenen Bruders des Vaters der Pupillen waren auf ihre — einen gesetzlichen Excusationsgrund angeblich nicht enthaltende — Entschuldigung mit dem vormundschaftlichen Amte verschont geblieben, und dann statt ihrer ein, seiner Angabe nach erst 26jähriger, mütterlicher Vetter der Pupillen zum zweiten Vormunde bestimmt, unter Verwerfung der von demselben vorgebrachten, auf seine Jugend, Unerfahrenheit und Geschäftslast gestützten Entschuldigungsgründe. Dieser erachtete sich durch das beobachtete Verfahren für beschwert und erwirkte in höchster Instanz folgende Entscheidung:

---

1) Die heutige Anwendbarkeit der fraglichen Bestimmung des Röm. Rechts ist bekanntlich sehr bestritten. Vgl. z. B. Glücks Commentar Bd. 31 S. 223.

Digitized by Google

Die von dem Appellanten aufgestellte Behauptung,

daß noch zwei väterliche Verwandte der Pupillen vorhanden seyen, welche mit den letzteren so nahe, wie er selbst, verwandt,

stellt sich nach der, zwar nach heutigem Rechte nicht mehr in allen Punkten anwendbaren, aber doch keineswegs völlig beseitigten Vorschrift der Nov. 118 cap. 5, in so fern als erheblich dar, als das Vormundschaftsgericht bei der Existenz jener Verwandten verpflichtet seyn würde, diese Personen, in so fern nicht deßhalb besondere Bedenken entgegenstehen sollten, ebenfalls über die anzuordnende Vormundschaft zu vernehmen und namentlich zu befragen, ob sie nicht selbst zur Uebernahme derselben bereit seyen, und erst dann, unter Berücksichtigung aller Verhältnisse, unter den gleich nahen Verwandten die Auswahl zu treffen [1]), wobei jedoch der Umstand, daß der Appellant der einzige mütterliche Verwandte der Pupillen ist, allein nicht entscheiden kann, ebenso wenig auch das Loos entscheiden darf.

Erk. des OAG. zu Celle vom 12 Nov. 1850 i. S. die S. Cappelmann'sche Vormundschaft betr. (Hdf.)

177.

Competenz zur Bestellung eines *curator absentis*.

Geschieht die Bestellung eines curator absentis zum Behufe der Führung eines einzelnen Processes, so ist auch dasjenige Gericht competent, vor welchem derselbe behandelt wird.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Febr. 1845. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 454.

---

1) Die Nov. 118 l. c. überläßt die Wahl und Benennung des Vormundes den zusammen zum Richter zu berufenden Verwandten selbst — tutelae periculo omnibus imminente.

Digitized by Google

178.

Unverheirathete Frauenspersonen. Bedürfen sie nach Sachsen-Recht zur Eingehung außergerichtlicher Rechtsgeschäfte eines Geschlechtsvormundes?

Diese Frage ist nach der richtigen Doctrin zu verneinen,

Richter, Decisiones, decis. 27 Nr. 22.
de Lynker, Responsa, CLXXXVII. Qu. 1 Nr. 6.
Walch, Opuscula. Tom. II. D. 1. exercit. 1. §. 17.
Berger, Oeconomia jur. edit. Haubold p. 188.

gleichviel, es möge sich von gewöhnlichen Geschäften des Lebens, z. B. den täglichen Marktgeschäften, handeln oder nicht.

Der Ansicht, als ob die Bestimmung des

Sächs. Landrechts Bd. II. Art. 45,

nach welcher den unverheiratheten Frauenspersonen nachgelassen wird, „auch ohne ihres Vormundes Gelob" einen Kauf abzuschließen, als Ausnahme von der Regel bloß auf Kaufgeschäfte zu beschränken sey, steht entgegen, daß das Landrecht hier, indem es die Bedingungen feststellte, unter welchen einer Frauensperson überhaupt eine Veräußerung gestattet, die Eheweiber und die unverheiratheten Mädchen oder Wittwen unterscheidet, jenen, wegen der Vermögensrechte der Ehemänner, eine Veräußerung ohne deren Zustimmung versagte, in Ansehung dieser aber ganz allgemein verordnete, daß sie bei Veräußerungen an die Zustimmung eines Vormundes nicht gebunden seyen.

In dieser Allgemeinheit ist die angezogene Verordnung bei allen außergerichtlichen Veräußerungen, welche von „Mageden und ungemanneden Wyff" vorgenommen werden, anerkannt.

Curtius, Handb. des in Churſachſ. gelt. Civil-Rs. Th. I. §. 374. S. 371. edit. II.

Sachse, Handb. d. großherzogl. sächs. Privat-Rs. §. 237.

Erk. des Schöppenstuhls zu Jena (für das dortige OAG.) de publ. 5 Jan. 1837 i. c. Otto's Erben w. die Pfarrerin Bartholomä. (E.)

Digitized by Google

179.

Buziehung des Geschlechtscurators bei der Testamentserrichtung.

Bd. 6 Nr. 51.

Uebereinstimmend mit der in bezeichneter Nummer mitgetheilten Ansicht des OAG. zu Kiel und mit Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (3te Aufl.) §. 326, sprach das OAG. zu Celle den Grundsatz aus:

daß da, wo Geschlechtsvormundschaft noch besteht, zu gültiger Errichtung eines Testaments die Zuziehung des Geschlechtsvormundes der Regel nach (d. h. abgesehen von einem etwaigen particulären Gewohnheitsrechte) [1] nicht erforderlich ist.

Erk. vom 21 Mai 1840 in S. J. Barvels zu Neuland w. Claus Kolster zu Twiolenfleth, wegen Erbschaft. (Hdf.)

180.

Wiefern sind correspective Testamente einseitig widerruflich?

Vgl. Bd. 1 Nr. 93, 94; Bd. 2 Nr. 72, 204; Bd. 4 Nr. 63, 64; Bd. 6 Nr. 221; Bd. 7 Nr. 200, 334; Bd. 8 Nr. 150.

Wenn zwei Eheleute gemeinschaftlich über ihr Vermögen letztwillig verfügen, diese Verfügung als ein Testament bezeichnen, und auch übrigens die Formen eines gültigen Testaments beobachten, so wird dadurch zugleich von ihnen die Absicht kundgegeben, keinen Erbvertrag abschließen zu wollen. . . . . Hieraus folgt indessen noch keineswegs so viel, daß es allemal von dem Belieben des Einen der Testirenden abhänge, die von ihm getroffenen Verfügungen zu widerrufen, und daß die letztwillige Verordnung des überlebenden Theils, wenn er den Verstorbenen als Erben eingesetzt hat, durch dessen früheren Tod auch hinsichtlich der übrigen Dispositionen für erloschen anzusehen sey. Gemeinschaftlich errichtete Testamente sind, so weit ihr

1) In der unterrichterlichen Entscheidung war in casu concreto ein solches Gewohnheitsrecht ausdrücklich in Abrede gestellt.

Digitized by Google

Inhalt correspectiv, nach Analogie der Erbverträge zu beurtheilen, und stehen in ihrer Wirkung den Erbverträgen gleich, zumal dann, wenn der Ueberlebende das Testament nach dem Ableben des Vorverstorbenen anerkannt und darnach die Erbschaft angetreten hat. Nur solche, in einem gemeinschaftlichen Testamente einseitig getroffene Anordnungen, welchen nicht die Rücksicht auf den Verstorbenen und dessen Willensmeinung unterliegt, und welche keine vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Testirenden, oder keine dem Vorverstorbenen von dem Ueberlebenden ertheilte Zusage, sondern eben nur den Ausdruck der einseitigen Willensmeinung des Ueberlebenden enthalten, sind als revocabel und durch das Ableben des zum Erben eingesetzten Mittestirenden erloschen zu betrachten. Ganz richtig bemerkt daher

Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glücks Commentar Bd. 38 §. 1428 S. 226 f. 244,

es handle sich bei der Beurtheilung gemeinschaftlich errichteter letzter Willen vornehmlich mit um eine quaestio facti, nämlich um die Ermittelung der eigentlichen Willensmeinung der Testirenden, wobei man in jedem vorkommenden Falle den Inhalt der Disposition sorgfältig ins Auge zu fassen habe. . . . . .

Erk. des OAG. zu Dresden vom Jänner 1853. (Grafin w. Donath). Sächs. Zschft. f. Rpfl. und VW. N. F. Bd. 12. S. 365 f.

181.

Längst Leib, längst Gut. Testirungsbefugniß der Ehegatten.

Nach Bremischem Rechte gilt in Bezug auf die ehelichen Güterverhältnisse der Grundsatz „längst Leib, längst Gut." In einem Rechtsstreite handelte es sich von der Frage, ob bei kinderlosen Ehen [1]) ungeachtet jenes Grundsatzes ein Ehegatte über die Hälfte des Sammtgutes verfügen dürfe? Hierüber äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung unter anderem:

1) In Bezug auf „beerbte Ehen" wurde die Befugniß über den Kopftheil letztwillig zu verfügen, als ausgemacht angenommen.

Digitized by Google

Es ist freilich in manchen Gegenden Deutschlands, wo jener Grundsatz der ehelichen Succession gilt, daraus schon im Laufe des 17ten Jahrhunderts auf das Vorhandenseyn einer inneren Gütergemeinschaft unter Eheleuten geschlossen und hieraus dann wieder die Folgerung gezogen worden, daß keiner der Ehegatten einseitig auch nur über einen Theil des gemeinschaftlichen Vermögens testiren dürfe, und es mag dieser Grundsatz an manchen Orten wirklich in die Praxis übergegangen seyn.

Wigand, die Provincialrechte von Paderborn und Corvey Bd. I. S. 22, Bd. II. S. 118, 122; Nr. 8.

Ebenderselbe, die Provinc.-R. des Fürstenthums Minden u. s. w. Bd. I. S. 35 f.

Daß dieß aber in Bremen nicht der Fall ist, daß vielmehr, nachdem das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei kinderloser Ehe zu einem Alleinerbrechte geworden war, auch schon sehr früh dem Ehemanne die Befugniß eingeräumt worden ist, über die Hälfte des Sammtgutes als „Sinen deel" letztwillig zu verfügen, und dieses auch noch jetzt als geltendes Recht angesehen werden muß, kann kein Bedenken leiden. . . . . .[2])

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 26 April 1844. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 312 f.

Dieselbe Zweifelsfrage wurde in Ansehung der das Gepräge obigen Grundsatzes tragenden Ansbacher und Stadt Münchener ehelichen Erbrechte Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Der oberste Gerichtshof zu München hat hinsichtlich beider Particularrechte für die Testirungsbefugniß entschieden.

Blätter für Rechtsanwendung[3]) Bd. 12. Erg.-Bl. S. 1 f.; Bd. 17 S. 327.

---

2) Bezugnahme auf die Analogie des Brem. Statut. X. und eine Anzahl literar. Zeugnisse.

3) In Betreff des Gegenstandes der Dispositionsbefugniß verschieden nach den Modalitäten der gedachten Particularrechte.

Digitized by Google

182.

Voraussetzungun, unter welchen ein Beweis über die Absicht des Testirers nachzulassen.

Vgl. Bd. 4 Nr. 163; *) Bd. 5 Nr. 196.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Wenn der Beklagten (durch die Beschwerde) Gelegenheit verschafft werden soll, eine entgegenstehende Absicht ihrer Eltern zu erweisen, so würde im allgemeinen das Verlangen der Beklagten nicht gerade als ganz verwerflich erscheinen, da die Worte des Testaments nicht so positiv sind, daß sich nicht dennoch die Möglichkeit einer von der natürlichen Auslegung abweichenden Ansicht der Eltern denken ließe.

C. 3 de liber. praeterit. (6, 28.)

Da man aber gerade bei Testamenten so lange bei den Worten derselben stehen bleiben muß, als nicht ganz entschieden und bestimmt (manifeste) dargethan wird, daß der Testator etwas anderes im Sinne gehabt habe,

fr. 69 pr. de legat. III. (32),

so kann es zur Gestattung des Beweises einer andern Absicht des Testators nicht genügen, wenn darüber bloß eine allgemeine und vage Behauptung ausgesprochen wird, sondern es müssen bestimmte Aeußerungen des Testirers oder sonstige factische Umstände angeführt werden, welche, wenn sie als relevant erscheinen, zum Beweise verstellt werden können. Das ist nun von der Beklagten nirgends geschehen. Sie geht nur von der ganz unrichtigen Meinung aus, daß ihre Eltern lieblos gegen sie gehandelt haben würden, wenn im Testamente derselben wirklich verfügt wäre, daß sie sich ihre Aussteuer in ihren Kindstheil anrechnen lassen solle; und so kommt sie zu der Erklärung, daß sie sich einer entgegengesetzten Absicht ihrer Eltern geradezu bewußt sey. Dieß

1) Das daselbst mitgetheilte Lübecker Erk. v. 6 März ist aus dem J. 1827

Digitized by Google

konnte unmöglich veranlassen, der Beklagten noch einen Beweis nachzulassen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 31 März 1842. Gedruckte Brem. Samml. Bd. I. S. 47 f.

183.

„Kinder" einer Person als Honorirte.

Vgl. Bd. 4 Nr. 133.

Unter dem Ausdrucke „Kinder" versteht man in der deutschen Sprache bald Söhne und Töchter, bald auch Enkel und weitere Nachkommen. In gleich verschiedener Weise ist in den Quellen des recipirten Rechts von »filii« die Rede. Bei letztwilligen Verfügungen sind aber vermöge einer in fr. 220 §. 1 de verb. signif. (50. 16) aufgestellten (heute noch geltenden), gesetzlichen Vermuthung unter Kinder (filii) auch Enkel zu verstehen, so lange nicht eine andere Absicht des Verfügenden ersichtlich ist. Wird daher behauptet, es seyen mit dem in einer letztwilligen Disposition gebrauchten Ausdrucke „Geschwisterkinder" nur die Söhne und Töchter der Geschwister gemeint, so muß dieses Anführen zum Beweise verstellt werden.

Erk. des OAG. zu Celle 1848. Bodecker wider Jakob, wegen Erbschaft. (Erck.)

Für dieselbe Ansicht liegt aus neuester Zeit ein Erk. des OAG. zu Dresden vor, in dessen Motiven außer dem angeführten fr. 220. noch §. 1 Inst. qui test. tut. (1. 14); fr. 48 solut. matrim. (24. 3); fr. 6 de test. tut. (26. 2); fr. 56 §. 1; fr. 84. 104. 201 de verb. signif. und C. 1 de condit. insert. (6. 46) in Bezug genommen sind. Dabei wird unter anderem bemerkt:

1) Aus fr. 122 de verb. signif. (50. 16) rechtfertigt sich die Meinung nicht, daß allemal eine quaestio voluntatis vorliege, wenn es sich darum fragt, ob unter dem Ausdruck „Kinder" bloß die Descendenten des ersten Grades, oder auch entferntere zu verstehen seyen. Das fr. 122 handelt bloß von dem ganz besonderen Falle, wenn ein Testator verordnet hat: filio filiisque

meis hosce tutores do," und Zweifel entsteht, ob er die Vormünder bloß für seine Söhne, oder für seine Kinder überhaupt ernannt, daher das Wort „filii" anstatt des Wortes „liberi" gebraucht und damit auch seine Töchter gemeint habe. In diesem Falle liegt zufolge des fr. 122 nicht sowohl eine Rechtsfrage vor, als vielmehr nach den thatsächlichen Umständen zu prüfen ist, was der Testator wahrscheinlich gewollt hatte. Nach fr. 220 de verb. signif. und C. 1 de cond. insert. („nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur") streitet aber eine bis zum Beweise des Gegentheils geltende Vermuthung dafür, daß der Testator unter den liberis auch die nepotes gemeint habe; dem, welcher behauptet, daß der Testator einer andern Willensmeinung gewesen sey, liegt die thatsächliche Begründung einer solchen Behauptung nebst deren Beweise ob.

2) Daß dieser Satz bloß da Anwendung finde, wo jemand von seinen Kindern spricht, läßt sich aus den Quellen nicht begründen. [1]) In den allegirten Stellen wird der Satz als ein allgemein geltender, nicht als ein auf beregten Fall beschränkter bezeichnet. Vom Juristen Callistratus werden in fr. 220 pr. §. 1 und 2 als Gründe für den im allgemeinen geltenden Satz das Zwölftafelgesetz, die Meinung anderer Rechtslehrer und ein

1) In diesem Punkte scheint die Ansicht des OAG. zu Dresden noch nicht befestigt zu seyn. Aus den Motiven eines Erk. vom 19 Sept. 1854 wird mitgetheilt (Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1854 Nr. 64 S. 508): „Die Grundsätze, welche bei Erklärung der von Seiten der Ascendenten zum Besten ihrer eigenen Kinder getroffenen Dispositionen gelten, lassen sich auf Dispositionen zum Besten der Kinder der Seitenverwandten des Disponirenden nicht ohne weiteres anwenden. Denn während für die Frage ob in Fällen der ersteren Art lediglich die Kinder im eigentlichen Sinne des Wortes oder auch die entfernteren Descendenten haben bedacht werden sollen, vorzüglich die Rücksicht entscheidet, daß der Ascendent muthmaßlich für alle seine Descendenten, ohne Unterschied der Grade habe sorgen wollen, läßt sich dieß von den Fällen der letzteren Art nicht ebenfalls behaupten, vielmehr streitet in diesen Fällen die Vermuthung weit eher dafür, daß bloß zum Besten der Kinder der Seitenverwandten in der engeren Bedeutung des Wortes, und mit Ausschluß der Descendenten entfernterer Grade habe disponirt werden wollen."

Digitized by Google

kaiserliches Rescript angeführt; nur nebenbei fügt er im §. 3 noch hinzu, daß über dieß alles in dem Falle, wo jemand von seinen Kindern spreche, auch das natürliche Gefühl den Satz rechtfertige.

3) Dem deutschen Sprachgebrauche widerstreitet es keineswegs, zu präsumiren, es habe ein Testator, welcher seinen oder eines andern Kindern, ohne Beifügung einer specielleren Bezeichnung, etwas beschieden hat, damit keine Beschränkung auf die Descendenten ersten Grades aussprechen, sondern die bei seinem Ableben vorhandenen Descendenten überhaupt bedenken wollen[2]) . . . . . Auch die Gesetzbücher deutscher Staaten (z. B. das preuß. LR. v. 1794 Th. I. Tit. I. §. 40; Tit. 12 §. 526 flg. und das österreich. bürgerl. Gesetzbuch v. 1811 §. 681) haben in dem deutschen Sprachgebrauch keinen Anstoß dagegen erblickt, das Wort „Kinder" bei letztwilligen Verfügungen in einer weiteren als der auf die Descendenten ersten Grades beschränkten Bedeutung aufzufassen.

Bei der fraglichen Vorschrift wird übrigens

4) unverkennbar davon ausgegangen, es werde in der Bezeichnung des Honorirten mit dem Worte „Kinder" die Absicht des Erblassers ausgesprochen, daß, dafern die Kinder, oder eines von ihnen, seinen Tod nicht erlebten, die Enkel oder die Descendenten entfernterer Grade an die Stelle des verstorbenen Kindes treten, d. h. nach Art einer Substitution zusammen denjenigen Erbtheil oder Betrag erhalten sollen, welcher dem von ihnen vertretenen Kinde näheren Grades, wenn es den Erblasser überlebt hätte, zugefallen wäre. Wollte man ein anderes annehmen, so würde dieß, insonderheit bei der Aussetzung von Vermächtnissen in der hier vorliegenden Weise, zu der Annahme führen, der Erblasser habe nicht bloß in Bezug auf die subjective Berechtigung der Honorirten, des diese nicht speciell benennenden, vielmehr nur nach dem Verwandtschaftsverhältnisse bezeichnenden Wortes „Kinder" sich bedient, sondern auch ob-

2) Bezugnahme auf *Gottschalk*, desc. for. Tom. III. cap. 4 pag. 64 ed. 2.

jectiv das Vermächtniß unbestimmt lassen, und den Betrag wozu er die onerirten Erben verpflichtet, zu deren möglicherweise bedeutenden Belastung davon abhängig machen wollen, ob eines oder einige der Descendenten ersten Grades vor ihm (mit oder) ohne Hinterlassung mehr oder minder zahlreicher Nachkommenschaft verstürben.[1]) Hat der Erblasser verfügt, seine Erben sollten jedem Kinde eines Seitenverwandten oder anderen ein Vermächtniß von 100 Thalern ..... auszahlen, so ist anzunehmen, er habe seine Erben nicht mit mehr oneriren wollen, als mit dem zu Gewährung dieser Vermächtnisse an die Kinder im engeren Sinne nöthigen Betrage. Auch würde außerdem eine große Ungleichheit in Bezug auf die Honorirten eintreten können, welche gewiß nicht in der Absicht des Erblassers gelegen war.

5) Daß etwa ein Kind entfernteren Grades von seiner Mutter außer der Ehe geboren worden, macht keinen Unterschied, indem ein außer der Ehe geborenes Kind zwar nicht zu der Familie des Vaters gehört, doch im Verhältnisse zu seiner Mutter einem ehelichen gleich zu achten ist. .....

Erk. des OAG. zu Dresden vom 3 Oct. 1854. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. 1855. Nr. 1 S. 3 f.

184.

Infirmation eines Rechtsactes, insbesondere eines letztwilligen, durch spätere Begebnisse.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

Es ist eine ausgemachte Regel, daß wenn jemand (ein Dritter) nach Errichtung eines Testamentes ein unantastbares Recht auf einen Gegenstand erhält, worüber im Testamente ver-

1) Die in Parenthese stehenden Worte „mit oder" finden sich nicht in dem uns vorliegenden Abdrucke, scheinen aber durch den Zusammenhang erfordert zu seyn.

Digitized by Google

fügt iſt, die Dispoſition des Teſtaments in ſo weit ungültig wird, weil der Teſtirer die Befugniß verliert, über dieſen Gegenſtand zu verfügen. Ohne Gewicht iſt es, wenn man ſich dagegen auf den Satz beruft, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. Fr. 85 §. 2 de reg. juris Dieſe Regel gilt nur in ſolchen Fällen, wo das neu eingetretene Factum, wenn es gleich anfangs exiſtirt hätte, der Errichtung des Geſchäftes entgegengeſtanden haben würde; daher denn auch in Anwendung dieſes Satzes es der Gültigkeit eines Teſtaments allerdings in der Regel nicht ſchadet, wenn der Teſtator die perſönliche Fähigkeit zur Errichtung desſelben ſpäter verliert. Wenn dagegen das ſpäter eingetretene Ereigniß mit der Vollziehung des Geſchäfts in Colliſion kommt, ſo gilt umgekehrt die Regel, daß das Geſchäft in ſo weit unwirkſam werde.

Fr. 3 §. 2 de his quae pro non scriptis habentur (34,8); §. 6 Inst. de noxal. act. (4,8); fr. 11 de servitut. (8,1); fr. 15 in f., fr. 16 ad leg. Aquil. (9, 2); fr. 140 §. 2 de verb. obl. (45, 1). *Giphanius*, lect. Altdorf. ad l. 140 D. de verb. obl.; *Averanius* Interpr. jur. lib. 4 cap. 24—26.

Nun fällt der vorliegende Satz aber gerade unter die letztere Regel, indem die Vollziehung des Teſtaments des W. A. mit dem ſpäter der Klägerin durch ihre Ehe mit dem Teſtator erworbenen Rechte auf die Nachfolge in die Stelle in Colliſion kommt. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 26 April 1844. Gedr. Brem. Samml. Bd. I. S. 314 f.

185.

Vernichtung eines Teſtamentsexemplars.

Von zwei Teſtamentsexemplaren hatte der Teſtirer das eine in eigener Verwahrung behalten, das andere dem ernannten Teſtamentsexecutor ausgehändigt. In einem Rechtsſtreite, in welchem unter anderem die Wirkſamkeit des erwähnten Teſtaments zur Sprache kam, wurde von der Klägerin die gänzliche Ungültig-

keit desselben aus dem Grunde behauptet, weil der Testirer das eine in seinen Händen verbliebene Exemplar nach seiner Verheirathung mit der Klägerin cassirt habe. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung: Dieses Factum würde, da der Testator das zweite Original unvernichtet in den Händen des Testamentsexecutors gelassen hat, an sich noch keineswegs genügen, sondern es müßte immer noch der Beweis hinzukommen, daß der Testator sein Exemplar in der Absicht vernichtet habe, ut intestatus moreretur. Fr. 4 de his, quae in testamento delentur (28. 4.)

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26 April 1844. Gedruckte Brem. Sammlung. Bd. I. S. 310.

186.

Welchen (deutschrechtlichen) Einfluß haben a) nachherige Eheschließung, b) die Entziehung der statutarischen Portion auf die Gültigkeit des Testamentes?

Der Testirer hatte sich nach Errichtung des Testamentes verheirathet. Nach dessen Ableben machte die Wittwe in einem in Betreff der Succession geführten Rechtsstreite unter anderem geltend, das Testament sey rumpirt, weil sie, als Ehefrau (particularrechtliche) Notherbin, darin präterirt sey. Hierüber sagen die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die hier einschlagenden Bestimmungen des römischen Rechts sind so singulärer Natur, und je nach Verschiedenheit der Fälle so modificirt, daß eine analoge Anwendung derselben auf andere Verhältnisse durchaus unzulässig erscheint. Nun fehlt es zwar nicht an einzelnen deutschen Gesetzgebungen, nach welchen ein Testament durch eine nachher vom Testator eingegangene Ehe gänzlich vernichtet wird. Eine solche Bestimmung findet sich unter anderen in den

Statuten von Freiburg im Breisgau Tract. III. Tit. 5 Art.: So einer u. s. w.

und ist wahrscheinlich aus diesen übergegangen in die

Frankfurter Reformation III, 4 §. 7; IV, 9 §. 13.

Auch ordnen ähnliches

die Statuten von Frankenhausen v. 1558, III. Art. 8 (bei Walch Beitr. Th. I. S. 297.)

Allgemeine Grundsätze führen indessen nur dahin, daß ein solches Testament nicht weiter unwirksam sey, als es seyn würde, wenn es nach eingegangener Ehe errichtet wäre, nämlich als darin dem andern Ehegatten dasjenige nicht hinterlassen ist, was ihm kein Testament entziehen darf; und auf dieses Maß ist auch die obige Vorschrift der Freiburger Statuten in den Rechten benachbarter Länder und Orte zurückgebracht worden,

Württemberg. Landrecht Th. III. Tit. 20 §. „Sodann einer"; der Stadt Basel Statute v. 1719 Th. III. Tit. 15 §. „Gleichfalls so einer,"

wie es denn auch wohl unbedenklich als gemeines Recht angesehen werden darf, daß die Entziehung der statutarischen Portion das Testament nicht annullire. ***J. H. Boehmer,*** consult. et decis. Tom. II. p. 2 resp. 798 Nr. 29 — 33; ***Leyser,*** med. spec. 425 coroll. 2; Meister, prakt. Bemerk. Th. I. 2 und 5 S. 42; Eichhorn, Einleitung §. 338 II, 1; Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 38 S. 30; Runde, deutsches ehel. Güterrecht §. 174 a. E.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 26 April 1844. Gebr. Brem. Samml. Bd. I. S. 311 f.

187.

Clausel in letzten Willen, eventuelle Geltung als Schenkung unter Lebenden betr.

Ueber die Unwirksamkeit dieser einem letzten Willen beigefügten Clausel sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Allerdings mag nicht bezweifelt werden, daß der Urheber der vorliegenden Verfügung die Absicht hatte, seinen dereinstigen Nachlaß den Klägern zuzuwenden, und daß er diese Zuwendung, dafern sie wegen Mangels an Beobachtung der bei Errichtung letztwilliger Dispositionen nöthigen Form nicht als Verfügung auf den Todesfall bestehen könnte, doch als Schenkung

Digitized by Google

unter den Lebenden betrachtet und aufrecht erhalten wissen wollte. Aber ebenso zweifellos ist es andererseits, daß diesem letzteren Wunsch nicht entsprochen werden kann, und die dem Testamente beigefügte Clausel eine völlig wirkungslose ist. Eine Verfügung auf den Todesfall, nach welcher der Honorirte erst nach dem Tode des Verfügenden ein Recht erwerben soll, kann nicht zugleich ein Vertrag unter den Lebenden seyn, wodurch der eine dem andern sofort ein unwiderrufliches Recht einräumt. Der Inhalt der vorliegenden Verfügung lehrt ganz unwidersprechlich, daß S. nicht im entferntesten daran dachte, sein Vermögen bei seinem Leben wegzugeben, es den Klägern zu schenken und ihnen ein unwiderrufliches Recht daran zu ertheilen, sondern daß er eben nur über das nach seinem Tode vorhandene Vermögen, über seinen Nachlaß, zu Gunsten der Kläger eine letztwillige, widerrufliche Verfügung treffen und den Klägern ein erst von seinem Tode abhängiges Recht zugestehen wollte.

Die Clausel, es solle das Testament als Schenkung unter den Lebenden gelten, würde zu der gewünschten Wirkung nur dann haben führen können, wenn der Testator bei seinem Leben wirklich einen Schenkungsvertrag mit dem Kläger abgeschlossen und mittelst desselben ihnen ein unwiderrufliches Anrecht auf sein Vermögen, gleichviel unter welchen speciellen Bestimmungen über dessen Benützung bis zum Tode des Schenkgebers, eingeräumt hätte.

Der Satz, daß im Zweifelsfalle keine Schenkung auf den Todesfall, sondern eine Schenkung unter den Lebenden zu präsumiren sey, kommt hier um deßwillen nicht in Betracht, weil eben darüber, daß der verstorbene S. letztwillig verfügen, nicht bei seinem Leben sein Vermögen verschenken wollte, kein Zweifel obwaltete. Sogar wenn anzunehmen wäre, es habe in der Absicht S's gelegen, unwiderruflich sein Vermögen den Klägern zu schenken, würde denselben ein rechtlicher Anspruch auf das Vermögen S's nicht zustehen, weil es an der zu dem Wesen des Schenkungsvertrages gehörigen Acceptation von Seiten der Schenknehmer bei Lebzeiten des Schenkers mangelt, und eine erst

nach dem Tode des Schenkgebers erklärte Acceptation wirkungslos iſt. Savigny, Syſtem. Bd. 3 S. 151.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Februar 1853 (Saal'ſche Edictalſache.) Ztſchrft. f. Rechtspfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 381.

188.

Teſtamentsvollſtrecker und gerichtliche Nachlaßregulirung.

Clausula privatoria.

Aus der Beſtellung eines Teſtamentsvollſtreckers folgt nicht, daß jede obrigkeitliche Einmiſchung in die Nachlaßregulirung unzuläſſig ſey. Eine ſolche Einmiſchung kann auf einem doppelten Grunde beruhen: nämlich erſtens auf der geſetzlich vorgeſchriebenen Fürſorge für die bei dem Nachlaſſe betheiligten Unmündigen, und zweitens auf der allgemeinen Pflicht der Gerichte, über die genaue Ausführung letztwilliger Verfügungen zu wachen..... Indeſſen ergibt ſich bei näherer Betrachtung des Verhältniſſes auch noch ein anderer Geſichtspunkt, nach welchem ein gerichtliches Einſchreiten in die Regulirung des Nachlaſſes der G.... nicht bloß als zuläſſig, ſondern ſogar als nothwendig ſich darſtellen kann. In Folge der Uebernahme der Teſtamentsvollſtreckung entſteht nämlich zwiſchen dem Teſtamentsvollſtrecker einer-, und den Nachlaßintereſſenten andererſeits ein dem Mandate gleichſtehendes Obligationsverhältniß, deſſen Charakter im allgemeinen ſich dahin angeben läßt, daß die Nachlaßintereſſenten ein Recht auf Erfüllung aller dem executor testamenti nach Beſchaffenheit des concreten Falles obliegenden Verbindlichkeiten, namentlich aber auf Rechnungsablegung über die etwa geführte Vermögensverwaltung haben. Dieſes Obligationsverhältniß kann den Erbintereſſenten ebenfalls Grund zu Anträgen auf gerichtliches Einſchreiten in die Nachlaßregulirung geben, und es wird, wenn dieß geſchieht, nicht gegen die Beſtimmungen des Teſtamentes, ſondern vielmehr in Gemäßheit der letzteren gehandelt. .....

Erk. des OAG. zu Dresden vom März 1853. (Hennig w. Heyne) Ztſchrft. f. Rpfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 461.

Digitized by Google

In dem Falle, aus dessen oberstrichterlicher Beurtheilung das Vorstehende entnommen ist, hatte die Erblasserin die Anfechtung des Testamentes *oder einzelner Bestimmungen desselben* mit dem Verluste der Honoration bedroht. Unter den einzelnen Bestimmungen war auch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Als nun von Seite einer Miterbin Anträge auf gerichtliches Einschreiten zur Nachlaßregulirung gestellt wurden, veranlaßte dieß eine andere Miterbin, die clausula privatoria gegen erstere geltend zu machen, was aber keinen Erfolg hatte. In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung wurde unter anderem (insbesondere Aufstellung von Zweifeln darüber, ob nach der Absicht der Erblasserin die privatorische Clausel auch auf die Bestellung des Testamentsvollstreckers Bezug habe) bemerkt:

In dem Antrag auf gerichtliches Einschreiten zur Nachlaßregulirung liege an sich kein Zuwiderhandeln gegen das Testament. Hiezu wäre außerdem noch erforderlich, daß das gerichtliche Einschreiten weder in der vormundschaftlichen Fürsorge für die concurrirenden unmündigen Erben, noch in der allgemeinen Obliegenheit der Gerichte, über die genaue Erfüllung testamentarischer Anordnungen Aufsicht zu führen, noch endlich in dem Obligationsverhältnisse der Erben zu dem executor testamenti seinen Grund habe und seine Rechtfertigung erhalte. In dieser Weise habe aber die Klägerin ihre Klage zu begründen nicht vermocht. . . . . Da die Klägerin sich darauf zu beziehen nicht vermocht hat, es sey ein Antrag darauf ausdrücklich gestellt worden, daß die Nachlaßregulirung dem executor testamenti entzogen werden sollte, so hätte es jedenfalls einer genauen Angabe und Beschreibung der Beschaffenheit und des Inhaltes der Beschwerden bedurft, in deren Folge die gerichtliche Regulirung des Nachlasses angeordnet ist. Hiernach erscheint die Klage schon an sich nicht genügend substantiirt. . . . . .

Ztschft. f. Rpfl. u. VW. a. a. O. S. 463 f.

Digitized by Google

189.

Das s. g. Brautkind, von seinem Vater beerbt.

Vgl. Bd. 5 Nr. 200; Bd. 8 Nr. 65, 66.

A. hatte sich mit der B. unter Einwilligung ihrer Eltern verlobt, und ein Kind (C.) mit ihr erzeugt, welches er anerkannte, indem er sich als Vater im Kirchenbuche unterzeichnete. B. starb alsbald nach ihrer Entbindung, was die beabsichtigte Ehelichung vereitelte. Das Brautkind C. wurde später Miterbe seines mütterlichen Großvaters und starb sodann im 13ten Jahre. Der von A. auf dessen ganzen Nachlaß erhobene Erbanspruch wurde oberstrichterlich für begründet anerkannt, da in solchen Fällen, in welchen der Bräutigam an dem Nichtvollzug der Ehe keine Schuld trage, die Analogie der Grundsätze bei der putativen Ehe zur Richtschnur diene. So wie hier der unschuldige Theil die Rechte eines wirklichen Ehegatten habe, so seyen dort dem am Nichtvollzuge der Ehe schuldlosen Erzeuger die Rechte eines ehelichen Vaters nicht zu versagen. Ohnehin seyen die Erbrechte der Descendenten und Ascendenten zufolge der Gesetze gegenseitig; die Praxis habe hinsichtlich der Successsion in den väterlichen Nachlaß das Brautkind dem ehelichen gleichgestellt; nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit müsse daher auch, zumal einem an dem Nichtabschlusse der Ehe unschuldigen Vater des Brautkindes, in Ermangelung erheblicher Gegengründe, das Erbrecht in dessen Nachlaß eingeräumt werden.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 9 Nov. 1854. Lit. F. Conv. 5 ad num. jud. 162 u. 245.

(Z. und Bopp.)

Nachschrift des Herausgebers.

In Bd. 8 Nr. 66 findet sich eine Wort für Wort aus der (von der Redaction aufbewahrten) Handschrift des Herrn Einsenders abgedruckte Mittheilung, nach welcher das OAG. zu Darmstadt die nach Vorstehendem im Jahr 1854 gebilligte Ansicht, betreffend das dem Vater des Brautkindes zustehende Intestaterbrecht, schon in einem Erkenntnisse vom Jahr 1821

Digitized by Google

ausgeprägt hätte. Hierüber ist uns nun von Seite eines andern Hrn. Mitarbeiters (Bopp) aus Anlaß der neueren Entscheidung die Bemerkung zugekommen: in dem unter Nr. 66 Bd. 8 erwähnten Falle sey zwar die vorwürfige Frage in dem Gutachten des Referenten abgehandelt worden, aber aus processualischen Gründen nicht zur Entscheidung gekommen.

Hat bei der in Nr. 66 Bd. 8 abgedruckten Mittheilung ein Mißverständniß von Seite des Hrn. Einsenders (Z.) stattgefunden, so lag der Anlaß dazu in einer eigenthümlichen im Großherzogthum Hessen bestehenden Einrichtung. „Bei den beiden Obergerichten (Hofgerichten) der Provinzen Starkenburg und Oberhessen und bei dem OAG. werden keine besonderen Entscheidungsgründe den Parteien mitgetheilt, sondern in der Entscheidung auf die Relationen verwiesen. Die Anwälte sehen dieselben in der Registratur ein, oder lassen sich Abschriften davon geben, wie denn auch den Mittel- und Untergerichten auf Berichterstattung die Einsicht der Relationen von dem OAG. gewährt wird.“ [1])

Im Hinblick auf diese Einrichtung werden hiemit die verehrlichen Mitarbeiter aus dem Großherzogthum Hessen ersucht, in ihren Mittheilungen

1) die aus den oberappellationsgerichtlichen Referaten entnommenen Stellen durch ausdrückliche Bezugnahme auf diese Quelle hervorzuheben;

2) jedesmal zu bemerken, worauf sich die Gewißheit gründe, daß auch die vom Referenten oder Correferenten entwickelten Motive die Zustimmung des Collegiums erhalten haben; indem es nicht selten vorkommt, daß zwar dem Schlußantrage eines Referenten beigetreten wird, aber aus andern als den von demselben ausgeführten Gründen.

---

1) Aus einem Schreiben des Hrn. Hofgerichtsraths Dr. Zimmermann zu Gießen an den Herausgeber vom 5 Jul. l. J. (1855).

Digitized by Google

190.

Erbtheilungsklage. Einrede der mehreren Miterben. Begründung der Klage. Studiengelder nicht collationspflichtig.

Vgl. Bd. 8 Nr. 156, 276.

1) Nach richtiger Auslegung der Quellen wird für die rechtliche Zulässigkeit der Erbtheilungsklage nicht erfordert, daß sämmtliche Miterben auf Erbtheilung in Anspruch genommen werden. Der Einwand, daß mehrere zur Theilung verpflichtete Miterben außer dem Beklagten vorhanden seyen, kann daher eine Abweisung der Klage in angebrachter Art nicht rechtfertigen.

Erk. des OAG. zu Celle 1850. Oehlmann zu Celle wider Oehlmann auf der Neustadt vor Celle, wegen Erbauseinandersetzung und Forderung.

2) Die Erbtheilungsklage wird nicht durch den Besitz von Erbschaftsgegenständen auf Seiten des Beklagten, sondern nur dadurch bedingt, daß die Gemeinschaft zwischen den mehreren Miterben noch fortbesteht. Der Miterbe muß alles, was er vom Erblasser empfangen hat, manifestiren, und ist erst in dem künftigen Auseinandersetzungsverfahren darüber zu erkennen, welche Vermögensobjecte zu conferiren seyen. Das Erbieten des Klägers, das seinerseits Empfangene zu conferiren, genügt für die Erbtheilungsklage, der Beklagte hat sodann über die von ihm zur Masse zu liefernden Conferenden den Manifestationseid gleichfalls zu leisten.

Erk. desselben Gerichts 1850 in Sachen Haavs zu Lammspringe wider Steinshoff daselbst, wegen Erbtheilung.

3) Zuschüsse, welche der Vater seinem Sohne zu den Studienkosten leistet, haben die Natur von Civilalimenten; sie können daher auf das dem Sohne eigene Capitalvermögen nicht abgerechnet werden und sind bei der Erbtheilung nicht mit zu conferiren, es müßte denn der Vater bei Leistung der Zuschüsse sofort ein anderes bestimmt haben.

Erk. desselben Ger. 1847 in Sachen Wüstefeld wider Wüstefeld, wegen Erbtheilung. (Erck.)

Digitized by Google

191.

Verzugszinſen-Anrechnung gegen Collationspflichtige.

Der Collationspflichtige hat die einzuwerfende Summe erſt von der Zeit, wo ihn der Vorwurf eines Verzuges trifft, zu verzinſen, und zwar wird hier die Mora nur durch eine Interpellation begründet. Als eine ſolche Interpellation iſt aber jede Handlung der übrigen Erben zu betrachten, wodurch der Collationspflichtige von ihrem auf die Einwerfung gerichteten Verlangen Kenntniß erlangt (scit. a se peti).

Vgl. fr. 20 §. 6, 10; fr. 25 §. 2, 6 de her. petit. (5, 3).

Erk. des OAG. zu Dresden vom März 1853 (Helbig w. Morgenſtern) Ztſchrft. f. Rpfl. u. VW. N. F. Bd. 12 S. 456.

192.

Codicill, vor dem Teſtamente errichtet.

Aus den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung entnehmen wir was folgt:

Nach fr. 5 de jure codic. (29, 7) und §. 1 Inst. de codicillis (2, 25) kann aus einem vor dem Teſtamente errichteten Codicille, auch ohne deſſen Beſtätigung durch das Teſtament oder ein (nachheriges) Codicill das in jenem angeordnete Fideicommiß gefordert werden, ſofern nur die Aufhebung nicht erfolgt, und, daß der im Codicille ausgedrückte Wille nicht aufgehoben ſeyn ſolle, vom Teſtator auf irgend eine Weiſe zu erkennen gegeben iſt. Dieſes auszuführen und zu erweiſen, gehört zur Begründung des Anſpruchs aus dem Codicille.

Die von dem Erblaſſer vor ſeinem Teſtamente zu Gunſten der Kläger angeblich gemachte Dispoſition iſt zwar als ſchon durch das Teſtament aufgehoben nicht anzuſehen, da derſelben das Teſtament nicht erwähnt; die nach früherem Rechte begründete Vermuthung, daß durch ein Teſtament über den ganzen Nachlaß, wenn darin nicht eine beſondere Beſtätigung früherer Dispoſitionen enthalten war, dieſe aufgehoben ſeyen, iſt durch die oben

Digitized by Google

erwähnten ſpäteren Geſetze in dem bemerkten Maße modificirt worden.

Es haben jedoch Kläger in der Klage nicht angeführt, daß und wie der Teſtator ſeit Errichtung des Teſtaments jene frühere Dispoſition für fortbeſtehend erklärt habe; was allerdings zu der nach Lage der Sache nothwendigen Subſtantiirung ihrer Klage gehört hätte.[1] . . .

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolfenbüttel v. 5 Juni 1840 (Meyer w. Heuer). (R.)

193.

Querela inofficiosae donationis; deren Begründung und Tragweite.

Vgl. Bd. 3 Nr. 356, 357; Bd. 4 Nr. 137, 138 und 243.

Den Motiven eines oberſtrichterlichen Erkenntniſſes entnehmen wir folgendes:

Die querela inofficiosae donationis iſt gegeben zum Schutze gegen Verletzung des Pflichttheils durch Schenkungen unter Lebenden, nach Analogie der querela inofficiosi testamenti, welche denſelben Zweck verfolgt gegen letztwillige Verfügungen. Auf oneroſe Geſchäfte kann jene Querel nur in ſo weit angewandt

---

1) Vgl. jedoch *Theophilus* zum angef. §. 1 Inst. de cod. (nach Reitz): „Quod si quis factis codicillis, scripturae illorum supervivens, post illa testamentum fecerit, non vult *Papinianus* codicillos ante scriptos valere, nisi eos in testamento specialiter confirmasset, dicens: factos ante testamentum meum codicillos valere volo. Sed haec quidem *Papinianus*. *Divi autem Severus et Antonius* rescripserunt, fideicommissa in codicillis ante testamentum scriptis relicta sine impedimento peti posse, etiam non facta confirmatione, *nisi forte testator ab his quae in codicillis erant recessisse probetur.*“ Dieſe Stelle ſcheint für die Anſicht zu entſcheiden, welche die obengedachte Subſtantiirung (von Seite des im älteren Codicill Bedachten) für nicht erforderlich hält, vielmehr die Beweislaſt (über eine eingetretene Willensänderung) dem Teſtamentserben aufbürdet. Vgl. Fein in Glück's Comment. Bd. 44 S. 192. (S.)

Digitized by Google

werden, als sie in der That lucrative Zuwendungen enthalten, und also nur den Schein eines onerosen Geschäfts tragen, wie namentlich bei absichtlich wohlfeilem Verkauf zur Bereicherung des Käufers, wo ein sog. negotium mixtum vorliegt und dann der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheils zu ermitteln, nur dieser als Schenkung zu behandeln ist, so daß also überall nur die Schenkung, nicht das ganze Geschäft, durch die Querel angefochten werden kann. Auch bei der bäuerlichen Gutsabtretung, der sog. successio anticipata, kann die querela inofficiosae donationis Platz greifen, wenn in der Abtretung des Guts unter Lebenden an den künftigen Erben um einen geringeren Preis, als dem wahren Werthe entspricht, das Herkömmliche im Maß erheblich überschritten und dadurch zugleich das Pflichttheilsrecht der Geschwister des Antreters verletzt ist. Nach der richtigen, von den meisten Rechtsgelehrten vertheidigten Ansicht kann aber mit der Querel die Schenkung nicht schlechthin, weder ganz, noch bis zum Betrage des Intestaterbtheils, sondern nur in so weit rescindirt werden, als nöthig ist, damit der Querulant den Pflichttheil erhalte. Es ist zwar dagegen behauptet worden daß, einer constanten hiesigen Praxis zufolge, nach Analogie der querela inofficiosae donationis, die unter Lebenden geschlossenen Rechtsgeschäfte als nichtig zu rescindiren seyen, wenn durch sie der Pflichttheil verletzt worden. Allein eine analoge Anwendung der querela inofficiosae donationis auf Rechtsgeschäfte, die keine Schenkung enthalten, ist begriffsmäßig überall nicht statthaft, und jene Praxis würde, wenn sie erweisbar wäre, rechtliches Ansehen zu behaupten nicht geeignet seyn, eben weil sie mit dem rechtlichen Wesen der Querel in offenbarem Widerspruch stehen und auch nicht einmal die Zweckmäßigkeit für sich haben würde.

So wie demnach die auf den Grund des angeblich verletzten Pflichttheilrechts des Klägers gestützte, auf „Annullirung und Rescindirung des fraglichen Contracts" gerichtete Klage kein Gehör finden kann, diese vielmehr auf eine Anfechtung des Contracts, in so weit durch die in demselben angeblich liegende Schenkung der Pflichttheil des Klägers verletzt worden, sich hätte beschränken

Digitized by Google

müssen, so mußte dieselbe noch aus einem anderen Grund jedenfalls angebrachtermaßen abgewiesen werden. Die querela inoffic. donat. setzt voraus, daß dasjenige, was beim Tode des Erblassers dem Pflichttheilsberechtigten zufällt, weniger beträgt als sein Pflichttheil, wenn dieser von dem Vermögen, wie es vor der Schenkung war, berechnet würde. Zur Begründung der Klage gehört also stets die Behauptung, daß dem Kläger aus dem Nachlaß seines Vaters nicht so viel zugefallen, als der Pflichttheil, die Schenkung mit in Anschlag gebracht, betrage. In der Klage kommt aber davon gar nichts vor; dort ist von dem Nachlaß des Vaters und ob und was dem Kläger daraus zugefallen, gar nicht die Rede, was sich auch leicht erklärt aus der verkehrten rechtlichen Ansicht des Klägers, wornach der ganze Contract zu annulliren wäre. . . . In der Klage ist nicht einmal gesagt, ob und welche andere Pflichttheilsberechtigte neben dem Kläger vorhanden seyen, was doch für die Berechnung des Pflichttheils von der größten Bedeutung ist. Auf eine so mangelhafte Klage konnte Beklagter sich einzulassen nicht verpflichtet seyn.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 16 Aug. 1854. (P.)

194.

Ein Vertrag, in welchem mehrere Brüder sich gegenseitig verpflichten, daß ihre Besitzungen nur auf den ältesten unter den Erbberechtigten im Mannsstamme vererbt werden sollen, begründet keine rechtsverbindliche Stiftung eines Familienfideicommisses. Von Autonomie des niedern Adels.

Vgl. Bd. 5 Nr. 299.

Die drei Söhne und Lehensnachfolger eines Hrn. v. U. errichteten nach des letzteren Tode, im J. 1789, einen Receß, in welchem sie sich in die drei angefallenen Güter unter gewissen die Ausgleichung näher bestimmenden Bedingungen dergestalt theilten, daß einem jeden von ihnen ein Gut zufiel; worin sie ferner für den Fall des Ausserbens der Linie des einen oder andern

Bruders sich die Succession in das von diesem hinterlassene Gut nach Lehen- und Gewohnheitsrecht vorbehielten, daneben aber einander zur Erhaltung des Familienglanzes versprachen, daß in ihrer Branche das übernommene Gut jedesmal nur demjenigen überkommen solle, welchen der Vater als Nachfolger designire, in Ermangelung derartiger Bestimmung aber allemal dem ältesten der Erbberechtigten, daß dieser indeß seine Brüder unter Berechnung eines näher bestimmten Voraus abzufinden habe. Im J. 1800 sodann wurde unter denselben drei Paciscenten ein fernerer Receß aufgenommen, in welchem vorstehende den Glanz der Familie bezielende Successionsbestimmung für die einzelnen Branchen der Familie wiederholt, jedoch dahin näher fixirt wurde, daß allemal der älteste unter mehreren Erbberechtigten in das resp. Gut succediren solle. . . . . .

Unter den Nachkommen eines der Brüder kam es zum Streite darüber, ob denn dem vertragsmäßigen Versprechen, welches ihr Ascendent in Bezug auf die ihm zugetheilte Besitzung seinen Brüdern in obiger Weise gegeben, verbindliche Kraft unter ihnen, den Nachkommen des Promittenten, zukomme? In dem Processe zwischen dem Nachfolge-Prätendenten, welcher die Bestimmungen jenes Vertrages für sich geltend machte, und den Besitzern des fraglichen Gutes wurde für die Verneinung der Frage entschieden. Gründe:

1) Ein Familien-Fideicommiß kann nur durch eine letztwillige Disposition, sie sey eine einseitige oder ein deutschrechtlicher Erbvertrag, errichtet werden, nicht aber durch einen Vertrag anderer Art, bei welchem eine mit den allgemeinen Grundsätzen von der Wirkung der Verträge im Widerspruch stehende Verpflichtung der Erben der einzelnen Paciscenten gegen einander würde vorausgesetzt werden müssen, sofern ein solcher Vertrag als Fundament eines rechtsverbindlichen Familien-Fideicommisses gelten sollte.

2) Die hier in Frage stehenden Verträge von 1789 und 1800 können nach dem ganzen ihnen zum Grunde liegenden Sachverhalt, wie nach den darin enthaltenen Bestimmungen, als rechtsverbindliche Erbverträge nicht aufgefaßt werden, weil

Digitized by Google

sie in Beziehung auf die von den Pacisceuten vererbten und vertheilten Güter durch die zu Gunsten des ältesten Sohnes in jeder Linie gegebene Bestimmung eine Succession des einen Pacisceuten oder seiner Nachkommen in die Güter des andern Pacisceuten oder seiner Nachkommen nicht festsetzen, eine Succession der anderen Linie auch nach dem Erlöschen der einen nicht anordnen, vielmehr in dieser Hinsicht auf die gesetzlichen Vorschriften lediglich Bezug nehmen. Ebenso wenig ist

3) die Annahme zulässig, daß die gedachten Verträge, als eine die Nachkommen der resp. Pacisceuten bindende einseitige letztwillige Disposition aufrecht zu erhalten seyen, da sie wegen Mangels der nach den Vorschriften des römischen Rechts zu beurtheilenden Form unwirksam bleiben müßten.

4) Die kraft ausgedehnteren Autonomierechts dem deutschen hohen Adel zustehende Befugniß, durch Familienverträge und Hausgesetze die Verhältnisse ihrer Familien, namentlich die künftige Erbfolge innerhalb derselben zu ordnen, kann auf den niedern Adel nicht ausgedehnt werden.

5) Aus dem Inhalt der Verträge ist weniger die Absicht der Errichtung eines Familien-Fideicommisses als vielmehr nur die einer Modificirung der gemeinrechtlichen Lehensfolge zu entnehmen; die solchergestalt modificirte Lehensfolge muß aber wie die gesetzliche Lehensfolge in Folge der Allodification cessiren.

Erk. des OAG. zu Celle vom 15 Febr. 1854. Rechtsfälle aus der hannov. Gerichtspraxis. H. I. (1854) S. 74 f.

195.

Vorbehalt der Wirthschafts-Gemeinschaft bei elterlichem Gutsanschlag. Anwendbarkeit der Grundsätze des römischen Rechts von dem Gesellschaftsvertrage.

Im Jahr 1830 schlug ein Landwirth im Odenwald, wo das Institut der bäuerlichen Gutsabtretung, verbunden mit dem

des Auszugs (Leibgedings, Altentheils), sich eingebürgert hat, seinem Sohn sein Gut an, wobei die Form des Kaufes und Verkaufes gewählt wurde. Der Vater machte sich den Vorbehalt: „Die Verkäufer (Vater und Mutter) und Käufer (Sohn und Schwiegertochter) wollen vorderhand in Gemeinschaft leben, und mithin Gewinn und Verlust zu gleichen Theilen tragen. Den Verkäufern steht es übrigens frei, so lange in der Gemeinschaft zu bleiben, als sie wollen." Der Sohn klagte später auf Trennung der Gemeinschaft. In zweiter Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil der zwischenliegende Vertrag nicht als ein Societäts- sondern als ein Kaufcontract anzusehen sey, woraus folge, daß der Käufer nicht befugt sey, zu verlangen daß einzelne Bestimmungen des Vertrags, also auch die bedungene Gemeinschaft, aufgehoben werden. Der Kläger griff zur Ober-Appellation. Das oberste Gericht bestätigte aber das Erkenntniß zweiter Instanz. Jener Vorbehalt könne nicht aus seinem Zusammenhange mit dem Ganzen des Vertrags herausgenommen, nicht als ein für sich bestehender Vertrag nach den Grundsätzen des römischen Rechts von der Societät beurtheilt werden; er erscheine nur als Modalität des Guts-Anschlags-Contracts. Dieses in Deutschland von jeher übliche, den bäuerlichen Verhältnissen ganz entsprechende Rechtsgeschäft könne unter verschiedenen Rechtstiteln vorkommen, insbesondere unter den des Kaufs oder einer Schenkung, obwohl letztere, wenn der Uebertragende Kinder habe, wegen deren Berücksichtigung nicht leicht vorkommen werde. In manchen Theilen Deutschlands würden dem Rechtsgeschäft gewisse Vorbehalte beigefügt; die Uebertragung der Wirthschaft an den Sohn, und folglich auch die Beziehung des Auszugs (Altentheils) werde nämlich zuweilen vorerst ausgesetzt, was in Oberhessen und der Nachbarschaft „Vorbehalt der Herrschaft" genannt werde. [1]) Der Umfang und die Dauer eines solchen Vorbehalts, sowie die

1) Vgl. Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 14 Nr. 6 S. 155 ꝛc. Von dem bäuerlichen Gutsanschlage in Kurhessen und dem Vorbehalte der Herrschaft nach oberhessischem Rechte insbesondere.

Digitized by Google

verbindende Kraft einer so modificirten Uebertragung könne vertragsmäßig sehr verschieden seyn. Oft gehe er nur auf die halbe oder gemeinschaftliche Herrschaft, wie der Vorbehalt, die Güter nach Gefallen mit und neben den Kindern zu bauen und zu nutzen, [2]) eine im Mainzischen oft vorkommende Erscheinung (Mainzische Verordnung v. J. 1724).

Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht. S. 333.

Ein solcher Vorbehalt binde die Paciscenten. Könnte Kläger beweisen, daß sein Vater durch seine Schuld Zwistigkeiten, welche eine längere Gemeinschaft unthunlich machten, herbeiführe, so würde er verlangen können, derselbe solle sich auf die eventuell bestimmte Leibzucht zurückziehen; ihm stehe frei, dahin eine Klage zu richten. Auf diesen Vorbehalt, der nur in der Eigenthümlichkeit des elterlichen Gutsanschlags wurzele, könnten die römischen Grundsätze über Aufhebung des Gesellschaftsvertrags nicht angewendet werden.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 21 Juni 1833.

(Bopp.)

196.

Umfang des Einsitzrechts der Geschwister bei dem bäuerlichen Gutsanschlage.

Die Eltern hatten ihr Bauerngut ihrem Sohn angeschlagen und sich nicht nur für sich ein Leibgeding (Auszug) vorbehalten, sondern auch für ihre beiden Töchter das Einsitzrecht bedungen. Nach dem Tode der Eltern erhob sich zwischen den beiden Schwestern als Klägerinnen und dem Bruder als Beklagten ein Rechtsstreit über den Umfang dieses Einsitzrechtes, der in dem Anschlagsbrief nicht näher bezeichnet worden war. Darüber waren beide Theile einig, daß beide Schwestern eine Stube des Wohnhauses unent-

2) Vgl. dieselbe Zeitschrift Bd. 8 Nr. 5 S. 154 ꝛc. Purgald: Ueber den Vorbehalt des Mitbaues bei der elterlichen Gutsübergabe. Derselbe: Das wissenschaftliche Princip des deutschen Privatrechts in der Anwendung auf das Leibgeding, unter Bezug auf den Gr. Hess. Gesetzentwurf über das Sachenrecht. Heidelberg. 1848. S. 19 ꝛc.

Digitized by Google

geltlich bewohnen dürften. Die Klägerinnen nahmen aber überdieß einen Raum außerhalb der Stube zur Bereitung ihrer Nahrung und Aufbewahrung des Brennmaterials, sowie der gewonnenen Asche in Anspruch, während der Beklagte diesen Anspruch bestritt. Als der Rechtsstreit an das oberste Gericht gelangte, erkannte dasselbe reformirend zu Gunsten der Klägerinnen. Gründe:

Das zur Sprache gebrachte Einsitzrecht ist nicht als habitatio des römischen Rechts, sondern als deutschrechtliches Institut anzusehen. Daraus hat man mit Rücksicht auf die Eigenschaften, die Lebensart und die persönlichen Bedürfnisse der Klägerinnen, die Beschaffenheit der Hofraithe, die nach dem Ergebnisse des vorgenommenen Augenscheins geräumig war, besonders einen geräumigen Hof hatte, und mit Rücksicht auf die ländlichen Sitten und Gewohnheiten,

Vgl. Runde: Die Rechtslehre von der Leibzucht, Th. 2 §. 30,

die Folge zu ziehen, daß die Ansprüche der Klägerinnen begründet seyen. Als ledige Bäuerinnen, die außerhalb eines Familienkreises stehen, als Bewohnerinnen eines Dorfes, das keine Speise-Anstalten besitzt, sind sie genöthigt, sich ihre Kost selbst zu bereiten; dazu bedürfen sie eines Apparates, einer Feuerstelle und eines Platzes zur Aufbewahrung des Brennmaterials, sowie der gewonnenen Asche. Der Beklagte, diese Bedürfnisse anerkennend, wendet gleichwohl ein, er sey nicht verbunden, zu deren Befriedigung einen Raum außerhalb der Wohnstube der Klägerinnen einzuräumen, indem sie sich auf diese beschränken, den Ofen zum Kochen benutzen müßten; allein in dem Anschlagsbriefe ist zum Besten der Klägerinnen bedungen worden, in dem Hause frei aus- und einzugehen und unentgeltlich darin zu wohnen. Dieses Recht, in dem Hause zu wohnen, ist nun zwar nach der Natur der Sache ein beschränktes, allein diese Beschränkung darf nicht so weit gehen, daß das Recht selbst verkümmert werde; was dann der Fall seyn würde, wenn man die Klägerinnen nöthigen wollte, in ihrer Stube zu kochen, selbst im Sommer, dann darin ihr Brennmaterial und die Asche aufzubewahren, was auch auf dem Lande gegen die Sitte und gegen polizeiliche Vorschrift anstößt. Daß eine solche Beschränkung bedungen

worden sey, hat Beklagter nicht behauptet; auch ist solche durch die Beschaffenheit der Hofraithe nicht geboten. Dazu kommt, daß das Einsitzrecht von den Eltern ausbedungen worden ist, deren Liebe für ihre Kinder nicht annehmen läßt es sey ihre Absicht gewesen, daß solche gewohnheitswidrige Beschränkungen eintreten sollten. Hier paßt auch der Ausspruch von Paulus in fr. 90 de reg. jur. (50, 17). In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda sit.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 24 Nov. 1846 in S. der Maria und Elisabetha Birker (?) zu Rodau gegen den Bürgermeister Rechel daselbst, Wohnungsrecht betr.

(Bopp.)

197.

Deutschrechtliche Alimentations- und Auszugsverträge. *Cautio usufructuaria.*

Bei den in Deutschland üblichen Ueberlassungen zum Zweck der Alimentation und bei analogen Geschäften, wie bei Einräumungen resp. Vorbehalten und Auszügen von Wohnungen auf Lebenszeit, besonders unter Eltern und Kindern, finden die Vorschriften des römischen Rechts über die cautio usufructuaria keine Anwendung.

Erk. des OAG. zu Jena vom 30 Dec. 1841 i. c. Jos. Frdr. Müller w. s. Sohn Heinr. Müller. (E.)

198.

Die Geltendmachung des Beispruchs- (Näher-) Rechts setzt die vorgängige Befriedigung des Käufers wegen der von demselben übernommenen Verbindlichkeiten voraus.

In einem Rechtsstreite hatte das Gericht erster Instanz den Beklagten, dem Antrage des Klägers gemäß, zur Herausgabe des von dem letzteren beigesprochenen Landes für schuldig erklärt, dabei indessen dem Kläger aufgegeben, den Beklagten wegen der

von diesem übernommenen, mittelst der Einrede der Retention geltend gemachten Verbindlichkeiten schadlos zu halten, wozu er sich im übrigen auch bei Anstellung der Klage erboten hatte.

Das Gericht zweiter Instanz wies dagegen, auf Grund der vorgebrachten exceptio retentionis, die Klage als zur Zeit unstatthaft zurück. In den Entscheidungsgründen heißt es:

„Der Beklagte hat das Beispruchsrecht des Klägers nicht in Abrede gestellt, vielmehr gleich im ersten Termine sich ausdrücklich bereit erklärt, die beigesprochenen Ländereien dem Retrahenten abzutreten, wenn dieser ihn der in dem Contracte gegen seinen Verkäufer übernommenen Verpflichtungen entheben, deßgleichen das bereits bezahlte Kaufgeld und die Culturkosten erstatten würde.

Er hat sodann dem, nach diesen die Sache selbst erledigenden Verhandlungen, erneuerten Antrage des Beklagten auf sofortige Abtretung der beigesprochenen Ländereien, unter Bezugnahme auf die bereits im ersten Termine erhobenen Gegenansprüche, die dilatorische Einrede der Retention entgegengesetzt.

Diese Einrede erscheint sowohl zulässig als begründet und liquid, indem dem Käufer nicht angesonnen werden kann, das Grundstück dem Retrahenten abzutreten, bevor von dessen Seite die Erfüllung der Kaufbedingungen erfolgt, im vorliegenden Falle namentlich das bereits gezahlte Kaufgeld nebst den aufgewandten sonstigen Kosten erstattet und wegen der übrigen in dem Kaufcontracte übernommenen Bedingungen der Käufer befreit oder doch wenigstens genügende Sicherheit demselben geleistet worden ist.

Auch kann das bloße Erbieten, die Kaufgelder zahlen und die Bedingungen erfüllen zu wollen, hier um so weniger genügen, als das Näherrecht an sich vom Beklagten niemals bestritten, vielmehr vom Anfange an ausdrücklich zugestanden ist."

Dieses Erkenntniß wurde vom höchsten Landesgerichte bestätigt,

weil nach zweifellosen Rechtsgrundsätzen derjenige, welcher eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben solle, sie, bis diese erfolgt sey, zurückhalten könne, gleichwie auch insbesondere

Digitized by Google

für die Wirkſamkeit des Retracts das bloße wörtliche Erbieten zur Erfüllung der Verbindlichkeiten des Käufers keineswegs genügt, vielmehr die zuvorige Befriedigung des Käufers hinſichtlich ſeiner Verbindlichkeiten der Abtretung des beigeſprochenen Landes vorangehen müſſe. Solchemnach ſey der auf ſofortige Abtretung der fraglichen Länderei gerichtete appellantiſche (klägeriſche) Antrag in der Replik, auf welchen die Entſcheidung der Vorinſtanz ſich beziehe, zur Zeit allerdings zurückzuweiſen geweſen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 10 März 1851 in S. Peter Stehr und Heinr. Renk w. Ernſt Jacke wegen Näherrechts. (Hdſ.)

(Vgl. indeſſen Bd. 4 Nr. 186.)

199.

Geltendmachung der Erbloſung ſeitens entfernterer Erben. Verjährung des Retractrechts.

Die Bauerſchaft Langen im Osnabrück'ſchen kaufte im Jahr 1847 das Erbe des Colon Kühſt zu Langen. Der Verkäufer hatte minderjährige, ſeiner väterlichen Gewalt unterworfene Kinder und zwei Schweſtern, von welchen die eine, Kath. Eliſ. Kühſt, am 27 April 1847 auf ergangene Edictalladung das — angeblich im Fürſtenthum Osnabrück beſtehende — Näherrecht anmeldete. Am 4 Jul. 1847 erhob ſie dann gegen die Bauerſchaft Langen principaliter aus eigenem Rechte, event. im Intereſſe der Kinder des Verkäufers, eine Klage auf Anerkennung dieſes Näherrechts und Ueberlaſſung des Colonates, deſſen Erbgutsqualität ſie zugleich behauptete.

Während in erſter Inſtanz das Klagerecht der unverehelichten Kühſt noch von einem weiteren Beweiſe abhängig gemacht worden, wurde ſie in zweiter und dritter Inſtanz mit ihrer Klage abgewieſen.

Das OAG. zu Celle ſtützte, in ſeinem Erk. vom 27 März 1850, dieſe Abweiſung, in Uebereinſtimmung mit den Entſcheidungsgründen der Mittelinſtanz, auf folgende Momente:

„Die Erbloſung beſteht in der Befugniß des nächſten Erben, in Rückſicht unbeweglicher Güter in ein ſtattgehabtes

Kaufgeschäft einzutreten. Die Klägerin erkennt aber selbst an, daß sie die nächste Erbin des Verkäufers nicht ist; auch können die hier vorhandenen näheren Erben, nämlich die Kinder des Veräußerers, welche übrigens zu vertreten die Klägerin nicht legitimirt erscheint, nicht als weggefallen betrachtet werden, indem nicht erhellt, daß für dieselben die Erblosung nicht ausgeübt werden könne oder solle."

Nachdem inzwischen die auf Antrag der Bauerschaft Langen für die Kühst'schen Kinder angeordneten Specialcuratoren unterm 7 Sept. 1850 erklärt hatten, daß ihre Curanden auf Geltendmachung des Retractrechtes verzichteten, stellte die unverehel. Kühst am 15 Sept. 1850 eine neue Retractklage an. Dieselbe wurde in erster Instanz wegen eingetretener Verjährung zurückgewiesen. Günstiger für die Klägerin faßte das zuständige Mittelgericht die Sachlage auf. In dem Erkenntnisse desselben vom 5 Mai 1852 heißt es:

„Zwar wird bei der Erblosung der entferntere Verwandte nur dann zur Durchführung seines Näherrechts gelangen, wenn der nähere Verwandte dasselbe nicht in Anspruch nimmt. Jedoch läuft zur Geltendmachung der etwaigen retractlichen Ansprüche auch dem entfernteren Verwandten nur eine gleiche Frist, wie dem näheren, indem das Recht jenes keineswegs erst dann beginnt, wenn das Recht dieses erloschen ist.

Bei solcher Sachlage und da der entferntere Verwandte eine Erklärung des näheren, ob er sein Recht geltend machen wolle, nicht erzwingen kann, war die Klägerin zur Erhebung der bereits am 4 Juli 1847, also vor Ablauf von Jahr und Tag, angestellten Klage auch schon zu jener Zeit befugt, obgleich die zum Retracte näher berechtigten Erben derzeit weder hinweggefallen waren, noch von ihrem Rechte Abstand genommen hatten. (Es mußte nach der Ansicht des Mittelgerichts ihnen überlassen bleiben, zu dem Rechtsstreite der Klägerin zu interveniren.)

Wenngleich nun der am 4 Juli 1847 von der Klägerin erhobene Rechtsstreit zu ihren Ungunsten entschieden ist, so ist doch dadurch der Lauf der erlöschenden Verjährung unterbrochen und deßhalb die beklagtischerseits opponirte Einrede der Ver-

Digitized by Google

jährung für unbegründet zu erkennen." Hiernach wurde dann die (nicht völlig unzweifelhafte) Existenz des behaupteten Retractrechts zum Beweise erstellt.

Dagegen erkannte das höchste Landesgericht:

„Da die am 4 Juli 1847 erhobene erste Klage nur deßhalb zurückgewiesen wurde, weil die Klägerin damals nicht zur Sache legitimirt war, so vermag die Einrede der Rechtskraft die, auf den von den Kühst'schen Vormündern erklärten Verzicht gestützte, neue Klage nicht zu elidiren. Da jedoch der Kaufcontract, in welchen die Klägerin einzutreten beabsichtigt, im J. 1847 geschlossen und die jetzige Klage nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von Jahr und Tag, mithin zu spät, erhoben ist, indem es auf die im Jahre 1847 angestellte Klage nicht mehr ankommen kann, weil die römisch-rechtlichen Grundsätze über Unterbrechung der Verjährung auf diese deutsch-rechtliche Verjährung keine Anwendung leiden; die frühere Klage auch von einer nicht zur Sache legitimirten Person angestellt war, und ein successives Auftreten mehrerer Retrahenten aus einer Reihe von Verwandten nach abgelaufener Frist mit dem Zweck und Wesen jener gesetzlichen Zeitbeschränkung durchaus unvereinbar erscheint: so wird das (die Klage abweisende) Erkenntniß erster Instanz wieder hergestellt."

Erk. des OAG. zu Celle vom 24 Mai 1853. Magazin für hannov. Recht. Bd. III. S. 246 ff. (Hdf.)

200.

Thauengeld, ein Frohndsurrogat.

In einer Rechtssache handelte es sich von der Natur einer unter dem Namen „Thauengeld" erhobenen Abgabe. Es wurde die Eigenschaft eines Frohndsurrogats angenommen, welcher der Name vollkommen entspreche, indem der Ausdruck „Thauen", oder „Thauwen", welcher durch Verunstaltung des ehemaligen

Wortes „Tagewand" (Tagewen, Tagwen) entstanden ist, ein Tagewerk, mithin eine gewisse Art von Dienstleistung bezeichnete.

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim. Jahrbücher N. F. XI. (1849/50) S. 457.

201.

Verjährungserwerb bei Reallasten.

Vgl. Bd. 6 Nr. 232; Bd. 7 Nr. 214.

Die Praxis hat sich, abgesehen von der zweifellos anwendbaren s. g. Immemorialverjährung, nach der in so weit zutreffenden Analogie der Servituten auch für die Statthaftigkeit zwar nicht der zehn-, resp. zwanzig-, wohl aber der dreißigjährigen Verjährung bei Reallasten mit Recht erklärt. Denn der Grund weßhalb im römischen Rechte die Ersitzung bei Servituten für zulässig erachtet worden ist, liegt darin, daß solche ihrer Natur nach dauernde Beschränkungen des Eigenthums seyn sollen — und dieser Grund trifft bei Reallasten in gleicher Weise zu. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß erst bei Abgabe des Erkenntnisses die Frage zur Entscheidung gebracht werden kann, ob und wie weit die während des Zeitraums von dreißig Jahren (oder während unvordenklicher Zeit) stattgehabten Ausübungshandlungen der fraglichen Reallast für geeignet zu erachten sind, die in Rede stehenden Erwerbungsacte der Rechte zu begründen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30 Sept. 1854 in der zu Nr. 89 bezeichneten Rechtssache. Brem. gedruckte Samml. Bd. 3 S. 374.

202.

Handels-Usance. Beweis durch Zeugen, ohne Anführung specieller Fälle.

Vergl. Bd. 1 Nr. 310; Bd. 7 Nr. 345.

Der Kläger hatte den Beweis zu liefern,
daß beim Getreidehandel eine gewisse Usance bestehe.

Digitized by Google

Er trat denselben durch Zeugen an, und wurde dann der Beweis in allen Instanzen für geführt erkannt. Ueber den Einwand, daß die Zeugen keine speciellen Fälle angeführt, bemerkte das Ober-Appellgericht:

„Es ist allerdings richtig, daß der Beweis einer Usance um so vollständiger geführt erscheint, wenn specielle namhafte Fälle angeführt worden, weil dann der Richter um so besser in Stand gesetzt wird, die Sache selbst im Einzelnen zu beurtheilen; allein in der vorliegenden Sache ist kein solches Bedürfniß, die näheren Umstände der einzelnen Fälle zu kennen, vorhanden, da die ganze in Frage stehende Usance auf etwas Einfaches und Bestimmtes hinausläuft, wobei den allgemeinen Anführungen der Zeugen über die im kaufmännischen Publicum herrschende Ansicht und Handlungsweise unbedenklich Glauben geschenkt werden kann, wie denn auch die früher vorherrschende Ansicht, daß eine Gewohnheit nur durch specielle Darlegung einzelner Fälle, nicht aber durch das allgemeine Zeugniß sachkundiger Männer bewiesen werden könne, in neuerer Zeit als unrichtig fast allgemein anerkannt worden ist.

Wening, Lehrb. des Civilr. 1. Buch §. 12.
Puchta, das Gewohnheitsrecht Th. II. Buch 3 cap. 3 §. 2 bes. pag. 141 f.
Savigny, Syst. des heut. Röm. Rechts. Bd. 1 S. 191.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 26 März 1841 in der Brem. S. Haase w. Kalkmann. (Hei.)

203.

Constatirung des Emballage-Gewichts.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

„Das von dem Mäkler beobachtete Verfahren, daß er (zur Constatirung des Gewichts der Emballage von 20 Ballen) nur die Emballage von drei Ballen gewogen und hiernach ein Durchschnittsgewicht angegeben hat, ist für genügend zu achten. Denn bei der Geringfügigkeit der Differenz würde es ganz unverhält-

nißmäßige Weitläufigkeiten und Kosten gemacht haben, die Emballage von jedem einzelnen Packe abzunehmen und zu wiegen; weßhalb denn auch jenes Verfahren bei solchen Untersuchungen ganz gewöhnlich ist. . . . . .

Daß aber der Mäkler die Verschiedenheit der Größe der einzelnen Ballen bei der Auswahl jener drei Ballen berücksichtigt habe, ist nicht nur schon an sich anzunehmen, da er ein sachkundiger Mann und durch seine Dienstinstruction bei solchen Zeugnissen zu einer sorgfältigen und unparteiischen Untersuchung verpflichtet ist, sondern geht auch aus seiner Erklärung im Rotul hervor, daß er die drei Ballen unparteiisch gewählt habe."

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 25 Mai 1840 in Sachen Crozet de Bergmann w. Ebmeyer. (Hei.)

204.

Vermiethung des ganzen inneren Schiffsraumes.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Wenn Beklagter sich darauf beruft, daß er laut der Certepartie „den ganzen inneren Schiffsraum" (für den Transport von Passagieren) gemiethet habe, so ist es eine bekannte Sache, daß wenn von dem Schiffsraum in Beziehung auf eine einzunehmende Ladung die Rede ist, darunter die Cajüte nicht mitverstanden wird, indem diese in der Regel nicht bestimmt ist, einen Theil der Ladung aufzunehmen, sondern zum Aufenthalte des Capitäns dient.

Vgl. Niederl. Hand.-Gesetz-Buch. Buch 2 Tit. 5 Art. 4. Pöhl's Darstellung des Handelsrechts. Bd. 3 Thl. 1 S. 409.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 19 Dec. 1840 in der Brem. Sache Cartillus w. Wichelhausen. (Hei.)

Digitized by Google

205.

Haftung des Befrachters für Auslagen des Schiffers zum Nutzen der Ladung, insbesondere für Gebühren, durch deren Zahlung die Landung transportirter Auswanderer bedingt ist.

Wir entnehmen aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen was folgt:

Den Hauptgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bildet der Anspruch des Klägers auf Erstattung derjenigen Auslagen, welche er bei seiner Ankunft in New-York für die dorthin überschifften Passagiere unter der Benennung von Hospital- und Commutationsgeld hat machen müssen, indem diejenigen 226 Dollars, die ihm von dem Beklagten, vor seinem Abgange von Bremerhaven, zum Behuf der Berichtigung dieser Abgabe, behändigt worden waren, dazu nicht hingereicht haben, sondern noch eine Mehrausgabe von 3 Dollars für jeden Passagier erforderlich gewesen ist. Dieser Anspruch ist nun aber für wohlbegründet zu achten gewesen.

Es ist nämlich das gedachte Hospital- und Commutationsgeld eine die Passagiere treffende, für den Eintritt derselben in die vereinigten Staaten von Nordamerika zu entrichtende Abgabe.

Da nun die Passagiere im vorliegenden Falle, soviel das Verhältniß des Befrachters und Abladers zum Schiffer anbetrifft, einen Theil der Ladung ausmachten, alle Unkosten aber, welche aufgewendet werden müssen, um der Ladung an dem Bestimmungsorte den Eingang zu verschaffen, im Zweifel von ersterem zu tragen sind, so folgt daraus ganz von selbst die Verbindlichkeit des Beklagten, welcher das von dem Kläger geführte Schiff gemiethet hatte, um eine Anzahl Auswanderer nach Amerika transportiren zu lassen, dem Schiffer die von diesem gemachte Auslage zu erstatten.

Die rechtliche Natur derselben als einer Auflage auf die Passagiere ergibt sich ganz klar aus demjenigen, was der Beklagte selbst darüber, nach Anleitung eines von ihm beigebrachten Auszuges aus einem amerikanischen Werke, näher ausgeführt hat.

Digitized by Google

Denn dieſem zufolge ſoll die Abgabe dazu dienen, dem Staate Sicherheit und Deckung für dasjenige zu verſchaffen, was dieſer für den einzelnen Einwanderer auszugeben genöthigt ſeyn möchte, wenn derſelbe verarmen und dem Staate zur Laſt fallen ſollte.

Sie iſt gewiſſermaßen ein auf die fremden Einwanderer gelegter Eingangszoll, welchen dieſe entrichten müſſen, als Bedingung oder Vorausſetzung, unter welcher nur ſie die Freiheit erlangen, den amerikaniſchen Boden zu betreten. Wenn der Beklagte ſich darauf beruft, daß eben nach dem Zeugniſſe jenes amerikaniſchen Schriftſtellers urſprünglich der Schiffer habe Bürgſchaft leiſten müſſen, daß die von ihm nach Amerika transportirten Paſſagiere dem Staate nicht zur Laſt fielen, ſo folgt daraus, daß ſich der amerikaniſche Staat zunächſt an denjenigen hält, welcher ihm die Einwanderer zuführt, nichts gegen die Natur der jetzt an die Stelle jener Bürgſchaft getretenen Abgabe. Denn immer muß der Einwanderer oder Paſſagier dasjenige erſetzen, was in ſeinem Intereſſe für ihn ausgelegt wird, oder er muß vor der Einſchiffung die nöthigen Mittel herbeiſchaffen, um den geſetzlichen Vorſchriften bei ſeiner Ankunft in Amerika Genüge leiſten zu können. Wenn daher der Paſſagier wegen der Paſſage mit dem Schiffer ſelbſt contrahirt, ſo wird dieſer nicht unterlaſſen, entweder die fragliche Abgabe in das Paſſagegeld einzurechnen, oder es ſich ſeparat vergüten zu laſſen. Wenn dagegen, wie das jetzt ſo häufig vorkommt, ein Kaufmann ein eigenes Geſchäft daraus macht, Auswanderer von Europa nach Amerika zu befördern, wenn er zu dem Ende eigens Schiffe miethet, Befrachtungscontracte abſchließt, die Paſſagiere — wie jede Waare, die der Schiffer an ihren Beſtimmungsort transportiren ſoll — dieſem übergibt; ſo iſt es nunmehr Pflicht des Befrachters und Abladers, den Schiffer mit dem Nöthigen zu verſehen, damit der Zweck des ganzen Geſchäftes, daß der Paſſagier den amerikaniſchen Boden betreten möge, erreicht werden könne.

Es verhält ſich, nachdem dieſes Verfahren eingeführt worden iſt, mit der Entrichtung jener Abgabe dem Schiffer gegenüber nicht anders als mit dem Eingangszoll von Waaren, für deren Bezahlung nicht dieſer letztere, ſondern der Ablader Sorge tragen

Digitized by Google

und den er dem Schiffer erſetzen muß, wenn dieſer ihn für den Ablader ausgelegt hat. Aber auch der Umſtand, daß, in Ermanglung eines Empfängers für dieſen Theil der Ladung, der Schiffer das Einklariren desſelben übernehmen muß, wie ihm dieß namentlich die Congreßacte vom 2 März 1819 zur Pflicht macht, während der Schiffer dieß ſonſt im Zweifel nur für ſein Schiff zu thun hat,

Pöhls Darſtellung des Handelsrechts Bd. III Th. I. p. 473,

kann weder die Natur der Abgabe verändern, noch den Befrachter von ſeiner deßfallſigen Verbindlichkeit gegen den Capitän liberiren, ſondern er hat vielmehr denſelben zur Erfüllung desjenigen, was das Geſetz von dieſem verlangt, in den Stand zu ſetzen, und folglich ihm namentlich die behufigen Papiere zur Legitimation der Paſſagiere und den Betrag der zu entrichtenden Abgabe zu behändigen.

Anders verhält es ſich dagegen mit dem Poſten von 14 Dollars 25 Ct. für den Transport der Paſſagiere von der noch 12 engliſche Meilen von New-York entfernt liegenden Quarantäne auf der Staateninſel nach der Stadt, welcher nach der Angabe des Klägers in beſonderen Booten beſchafft worden iſt.

Dieſer Poſten kann dem Beklagten nicht zur Laſt fallen. Denn der Kläger hatte laut der Certepartie die Verpflichtung, die Ladung, alſo auch die Paſſagiere als Theil derſelben, nach New-York zu bringen, und erſt dort trat die Verbindlichkeit des Beklagten ein, ſie ihm von Bord zu nehmen. Mußten nun gleich die Paſſagiere auf der Staateninſel zum Behuf der Quarantäne einſtweilen ans Land geſetzt werden, ſo ſtand doch an und für ſich nichts entgegen, ſie, nach beendeter Unterſuchung und Reinigung, wieder ins Schiff, oder wenigſtens in die Boote desſelben zu nehmen, und ſie weiter nach New-York zu führen. Erſt damit endete die contractliche Verbindlichkeit des Klägers. Wenn aber auch dieß, wie der Kläger behauptet, nach den dortigen Quarantäne-Vorſchriften nicht thunlich geweſen ſeyn ſollte, ſo war dieß ein Caſus, der *ihn* traf, der *ihn* hinderte, *ſeiner* Verbindlichkeit zu genügen, und folglich muß er auch die daraus erwachſenen Koſten übernehmen. Auch kann man dieſe Unkoſten

Digitized by Google

nicht füglich zu den durch die Quarantäne herbeigeführten, die Ladung betreffenden Unkosten rechnen, welche allerdings von dem Befrachter zu übernehmen sind, sondern es sind Unkosten, die den Transport der Ladung betreffen, und folglich fallen sie dem Kläger zur Last, der diesen Transport zu bewerkstelligen hatte.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 19 Dec. 1840 in der Brem. S. Cartillus w. Wichelhausen. (Hei.)

206.

Ueber die Rechtsverhältnisse, welche rücksichtlich der auf den Inhaber lautenden Werthpapiere vorkommen. Vindication. Keine Vermuthung für redlichen Erwerb.

Vgl. Bd. 4 Nr. 4, 252; Bd. 7 Nr. 152.

Aus Entscheidungsgründen einer obersten Berufungsinstanz entnehmen wir was folgt:

Ueber die Rechtsverhältnisse, welche rücksichtlich der auf den Inhaber lautenden Werthpapiere vorkommen, sind in der Theorie und Praxis die verschiedenartigsten Ansichten aufgestellt und befolgt, weßhalb es angemessen erscheint, die wirklich begründeten Rechtssätze hervorzuheben und von den willkürlichen Suppositionen und Behauptungen zu sondern.

1) Was die eigentlich obligatorische Seite, also das Verhältniß zum Schuldner, betrifft, so ist ihm gegenüber unbestritten der Inhaber der Obligation legitimirt und kann — mag er für sich oder im Namen eines andern besitzen — zu specielleren Erklärungen und Nachweisungen nicht genöthigt werden.

2) Im Verkehr stellt sich das Werthpapier wie jede andere erwerbbare Sache dar, und es fragt sich demnach, wie Eigenthum und Besitz daran erworben und verloren werde.

Für den Erwerb und Verlust des Besitzes gelten unzweifelhaft die gewöhnlichen Bestimmungen.

Für das Eigenthum dagegen hat das Bedürfniß zu der Annahme des Rechtssatzes geführt, daß der gutgläubige Er-

werb ein solches Werthpapier sofort ohne Rücksicht auf etwaige Rechte Dritter in das Vermögen des Erwerbers übertrage und den letzteren zum alleinberechtigten Inhaber mache. Diese materielle, d. h. den Erwerb und Verlust der Rechte betreffende Norm hat nicht nur in vielen Particularrechten, sondern auch im §. 74 der deutschen Wechselordnung Anerkennung gefunden, weßhalb anzunehmen ist, daß dieselbe in der That auf einer gemeinsamen Ueberzeugung beruht.

Liebe, Einleitung und Erläuterungen zur Wechselordnung p. 196 und 197. Thöl, Handelsrecht §. 54c p. 232 (Aufl. 3)

Demgemäß verdient es nur Billigung, wenn derselbe Grundsatz nicht allein bei dem Erwerbe des Eigenthums, sondern auch bei Bestellung sonstiger dinglicher Rechte, insbesondere bei Verpfändungen, befolgt wird.

Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 313.

3) Außerdem hat man häufig den processualischen Satz aufgestellt, daß bei Vindicationen von Werthpapieren für den Inhaber — also rein auf den Grund der völlig factischen Detention — die Vermuthung des redlichen Erwerbs streite, weßhalb der Kläger unter allen Umständen diese Präsumtion durch Gegenbeweis zerstören müsse. Eben so oft ist die erwähnte Behauptung mit der Legitimation rücksichtlich des obligatorischen Verhältnisses zum Schuldner (Nr. 1), sowie mit dem erwähnten materiellen Gewohnheitsrechtssatze (Nr. 2) verwechselt und identificirt.

Daß jedoch eine derartige Vermuthung gemeinrechtlich nicht existirt, hat

Savigny, Obligationenrecht B. 2 S. 135 ff.

überzeugend dargethan und mit Recht solche Versuche, dem Verkehr mit Werthpapieren zu Hülfe zu kommen, als halbe, auf principlose Billigkeit gestützte Maßregeln, mithin jedenfalls als singuläre Bestimmungen charakterisirt (a. a. O. S. 141). Auch ist die fragliche Präsumtion wohl noch niemals in voller Consequenz zur Anwendung gebracht, weil es einleuchtet und von den Vertheidigern dieser Doctrin anerkannt wird, daß ein genügender Gegenbeweis wider eine solche Vermuthung zu den Unmöglichkeiten gehört.

Thöl, a. a. O. §. 54e (in fine).

Digitized by Google

Die von Savigny l. c. aufgestellten Behauptungen sind für vollkommen zutreffend zu halten, in so weit sie nicht durch die oben (Nr. 2) anerkannte materielle Rechtsbestimmung modificirt werden.

Der Vindicant hat daher zunächst sein Eigenthum darzuthun und daneben nachzuweisen, daß der Beklagten die Herausgabe factisch möglich sey (facultas restituendi). Das Eigenthum wird durch den Erwerb dieses Rechts dargethan, weil für dessen Fortdauer, nach gesetzlicher Vorschrift, die Vermuthung wirklich streitet, bis die Aufhebung constatirt ist.

Savigny a. a. O. S. 145 Not. m.

Will der beklagte Inhaber die Verurtheilung nach geführtem Beweise vermeiden, so muß er Vertheidigungs-Momente anführen. Detinirt er für einen andern, so darf er den Proceß durch laudatio auctoris ablehnen; besitzt er im eigenen Namen, so ist von ihm, nach der richtigen Bemerkung im kreisgerichtlichen Erkenntnisse,

Savigny a. a. O. S. 176 not. pp.

darzulegen, daß er oder irgend ein Dritter nach der Zeit, in welche der klägerische Erwerbstitel fällt, die fragliche Obligation acquirirt habe. Denn wird ein solcher späterer Erwerb nachgewiesen, so ist damit der Untergang des älteren klägerischen Rechts dargethan, und es kann also auch von einem Klagrechte (Vindication) zum Schutze dieses erloschenen Rechts nicht weiter die Rede seyn. Um die Verwerfung der Klage zu verhüten, muß also nun seinerseits der Kläger ausführen, daß der constatirte spätere Erwerbsact nicht gutgläubig geschah, und deßhalb eine Veränderung der früheren Eigenthumsrechte nicht bewirkt habe.

Der praktische Satz, daß Vindicationen gegen den gutgläubigen Erwerber unstatthaft seyen, hat hiernach seine vollkommene Richtigkeit; er ist jedoch nur eine consequente Folge des dem materiellen Rechte angehörigen Grundsatzes über Erwerb und Verlust des Eigenthums an Werth-Papieren, beruht also keineswegs auf der vorhin gedachten vagen und willkürlichen Präsumtion.

Digitized by Google

Erk. des Obergerichts (III. Senat) in Wolfenbüttel vom 12 Mai 1855 in Sachen Pabst c. Hinüber, wegen Herausgabe von Obligationen. (R.)

207.

Einrede der Zahlung gegen Wechselforderungen.

Die Leihbank G. u. Comp. zu G. empfieng im Februar 1842 gegen Ausstellung eines an Ordre und auf Kündigung lautenden Wechsels von dem Bankhause de N. u. Comp. zu F. die Summe von 30,000 fl.. Nachdem diese Summe im August 1842 bis auf 52 fl. getilgt war, erhielten die Aussteller von dem Bankhause weitere Vorschüsse, welche sich, als im Jänner 1850 das Gantverfahren wider sie eröffnet wurde, auf 20,750 fl. nebst Zinsen beliefen. Diese Summe liquidirten de N. u. Comp., indem sie auf dem Grunde des ihnen ausgestellten Creditwechsels das Vorzugsrecht vierter Classe in Anspruch nahmen. Die übrigen Gantgläubiger widersprachen die Eigenschaft des Wechsels als eines Creditwechsels, und setzten diesem Anspruch die Einrede der Zahlung entgegen, in zweiter und dritter Instanz aber wurde dem Antrage des Bankhauses gemäß erkannt. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe enthalten hierüber:

Von der Einrede der Zahlung, sofern sie nicht auf eine dem Wechsel beigesetzte Abschreibung gestützt wird, kann bei Wechseln überhaupt nur uneigentlich die Rede seyn, indem Wechsel durch Zahlungen, welche nicht auf der Urkunde selbst abgeschrieben werden, ihre Gültigkeit an sich nicht verlieren. Dieß folgt aus der Natur des Wechsels, als eines selbständigen für den Verkehr bestimmten Werthpapiers, dessen Gültigkeit nicht durch das Bestehen eines bestimmten Verpflichtungsgrundes, sondern lediglich durch den formalen Act der Ausstellung bedingt ist. Ist der Wechsel in gehöriger Form ausgestellt, so ist eben dadurch der Aussteller unabhängig von jedem andern Rechtsverhältnisse, in welchem er zu dem Empfänger oder Besitzer des Wechsels steht, zur Bezahlung der in dem Wechsel ausgedrückten Summe verpflichtet. Auch ist diese Verpflichtung, wenigstens bei den auf

Digitized by Google

Ordre gestellten Wechseln keine bloß auf das Verhältniß des Ausstellers zu dem Empfänger des Wechsels sich beziehende; die Bestimmung des Wechsels, als Verkehrsmittel zu dienen, bringt es vielmehr mit sich, daß der Aussteller die Verbindlichkeit zu Bezahlung des Wechsels nicht bloß gegenüber von dem Empfänger, sondern gegenüber von jedem möglichen Erwerber des Wechsels übernimmt. Die Verpflichtung zu Bezahlung des Wechsels kann daher auch, als eine lediglich auf der Wechselurkunde beruhende und jedem möglichen Erwerber des Wechsels gegenüber bestehende, durch Zahlungen die nicht auf der Urkunde selbst abgeschrieben werden, an sich keine Aenderung erleiden. Die Wechselverschreibung kann vielmehr als ein den Banknoten oder dem Papiergeld ähnliches Verkehrsmittel ihre Gültigkeit nur durch die Einlösung oder durch Abschreibungen auf der Urkunde selbst verlieren, was auch darin seine Bestätigung findet, daß, wenn der Besitzer eines Wechsels, welcher von dem Aussteller Zahlungen empfangen hat, den Wechsel weiter begibt, ohne die Zahlungen auf demselben abzuschreiben, der Cessionar den Wechsel noch in seinem vollen Betrag geltend machen kann. Hieraus folgt auch, daß, wenn der Aussteller des Wechsels sich auf geleistete Zahlungen beruft, die er, ohne daß sie auf dem Wechsel abgeschrieben sind, an seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit abziehen will, dieß nicht sowohl die Einrede der Zahlung ist, indem durch Zahlung die Verbindlichkeit selbst erlischt, als vielmehr die Einrede der Compensation. Dieß muß auf den vorliegenden Wechsel um so gewisser Anwendung finden, als derselbe auf Ordre gestellt ist, mithin jedenfalls die rechtliche Möglichkeit seiner weiteren Begebung vorlag ꝛc. Demnach kann es sich nur davon handeln, ob nicht die wechselmäßige Verbindlichkeit der Aussteller durch die von ihnen geleisteten Zahlungen ausgeglichen ist, und letzteres kann nur in so weit angenommen werden, als die geleisteten Zahlungen das dermalige Guthaben von de N. u. Comp. von 20,750 fl. übersteigen, da die Aussteller, so weit sie noch Schuldner von de N. u. Comp. sind, durch die geleisteten Zahlungen keinen Gegenanspruch erworben haben, es mithin an einer zur Compensation mit der Wechselforderung geeigneten Forderung mangelt.

Digitized by Google

Hiergegen läßt sich nicht geltend machen, daß, da der fr. Wechsel nur zur Sicherung des ursprünglichen Darlehens von 30,000 fl. nicht auch späterer Darlehen ausgestellt, und jenes Darlehen bis auf 52 fl. getilgt sey, die Wechselverbindlichkeit bis auf diesen Betrag durch Compensation erloschen sey; da — ein Wechselschuldner sich auf Compensation bloß so weit berufen kann, als ihm zur Zeit, wo der Wechsel gegen ihn geltend gemacht wird, Gegenansprüche an den Inhaber des Wechsels zustehen; und es sich wenn gegen Ausstellung eines Wechsels Geld gegeben wird, eigentlich nicht von einem Darlehen, sondern von einem Kauf oder Tausch handelt, indem die Verbindlichkeit des Wechselausstellers nicht sowohl darin besteht, empfangenes Geld zurückzugeben, als darin, den Wechsel seiner Zeit einzulösen, und das empfangene Geld eigentlich die Gegenleistung für den Wechsel bildet; mithin die von dem Aussteller des Wechsels geleisteten Zahlungen nicht sowohl Rückzahlungen eines Darlehens, sondern Vorschüsse auf künftige Abrechnung sind, die dem Zahlenden dann nicht mehr zu gute kommen, wenn sie durch weitere Leistungen von Seite des Wechselinhabers ausgeglichen sind ꝛc.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart v. 14 März 1855. (v. H.)

208.

Einrede der Verjährung gegen Wechselforderungen. Unterbrechung durch Einklagung im Concurse.

In dem aus der vorigen Nummer ersichtlichen Rechtsfalle beriefen sich die Gegner des Bankhauses de N. u. Comp. auch darauf, daß der (am 14 März 1849 verfallene) Wechsel gemäß dem Art. 100 der allg. W. O. (vgl. Art. 7 des württemb. Gesetzes vom 6 Mai 1849) verjährt sey.

Auch diese Einrede wurde verworfen, da, wenn auch der bloße Ausbruch des Concurses die Verjährung nicht unterbricht, diese Wirkung doch der innerhalb der drei Jahre erfolgten Ein-

Digitized by Google

klagung des Wechſels bei dem Gantgericht und der Einleitung einer Verhandlung darüber beizulegen iſt, indem nach Art. 80 der d. W.-O. die Wechſelverjährung durch Behändigung der Klage unterbrochen wird. Daß das gantgerichtliche Liquidations-Verfahren ein bloß außergerichtliches und deßhalb den Lauf der Verjährung zu unterbrechen nicht geeignet ſey, läßt ſich mit Grund nicht behaupten, indem auch ſtreitige Forderungen Gegenſtand der gantgerichtlichen Verhandlung und Entſcheidung ſind, und daraus, daß nicht alle im Gantverfahren zur Sprache kommenden Forderungen beſtrittene ſind, nicht folgt, daß dieſes Verfahren kein gerichtliches ſey.

Ebenſo wenig läßt ſich behaupten, daß die Liquidation eines Wechſels im Gante nicht als eine zur Unterbrechung geeignete Klage betrachtet werden könne. Denn hiezu gehört nichts, als daß der Wechſelgläubiger den Wechſelſchuldner vor dem zuſtändigen Gericht auf den Grund des Wechſels auf Zahlung belangt. Zuſtändig iſt aber das Gantgericht deßwegen, weil der Concurs die Wirkung hat, daß alle Klagen gegen den Gemeinſchuldner vor dem Gantgericht angebracht werden müſſen.

Entſcheidung des Obertribunals in Stuttgart v. 14 März 1855. (v. H.)

209.

Unterlaſſung des Proteſtes Mangels Zahlung mit Zuſtimmung des Regreßpflichtigen. Geſchäftsführung.

Der Fabricant B. zu H. hatte auf den Buchhändler S. in U. vier Wechſel gezogen und ſie nach erfolgtem Accept an die Leihcaſſe zu H. indoſſirt, von welcher ſie aber, weil noch vor der Verfallzeit der Traſſat zahlungsunfähig geworden, gegen Erſtattung der valuta an die Geſchäftsnachfolger des inzwiſchen geſtorbenen Traſſanten zurückgegeben wurden. Dieſe forderten nun, von ihrem Miterben mit einer Erbſchaftsklage belangt, im Wege der Compenſations-Einrede den Erſatz des ihn treffenden Antheils an jener Erbſchaftsſchuld. Der Kl. beſtritt ſeine Verbindlichkeit,

Digitized by Google

weil die Indossatarin bei dreien der Wechsel die Erhebung des Protestes Mangels Zahlung (gegen die hier noch anwendbare Bestimmung der württemb. Wechselordnung vom 24 März 1759. Cap. IV. §. 21) unterlassen habe.

Die in erster Instanz für begründet erkannte Compensations-Einrede wurde von dem Gericht zweiter Instanz wegen unterlassener Protesterhebung seitens der Indossatarin als unbegründet verworfen; auf die von dem Beklagten ergriffene Oberberufung aber das erstrichterliche Urtheil wieder hergestellt. In den Motiven wurde zwar anerkannt, daß sowohl nach der württembergischen als der allgemeinen d. W. O. art. 41 und 29 ein Indossatar verpflichtet ist, um sich den Regreß an den Indossanten zu erhalten, rechtzeitig Protest zu erheben, und daß der Indossant im Fall einer dießfälligen Versäumung, die Vergütung des Wechselbetrags an den Indossatar oder die von diesem verlangte Sicherheitsleistung verweigern kann. Allein die Erhebung des Wechselprotestes hat nach dessen rechtlicher Bedeutung keinen andern Zweck und keine andere Wirkung, als daß der Wechselinhaber sich hiedurch den zu Begründung seiner Regreßklage erforderlichen Beweis der rechtzeitigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit zur Protesterhebung sichert. Daher bedarf es für den Indossatar zu Begründung seines Regresses gegen den Indossanten oder Trassanten jener im Fall des Wechselverfahrens erforderlichen Beweisurkunden alsdann nicht, wenn der letztere zum voraus und ehe die Zeit der Protesterhebung gekommen ist, dem Regreßanspruche unter Zurücknahme des Wechsels Statt gegeben, und ohne es auf eine wechselrechtliche Regreßklage ankommen zu lassen, den Werth des Wechsels vergütet, hiedurch aber den regreßnehmenden Indossatar des Beweises der rechtzeitigen Protestirung enthoben hat.

Nach den Grundsätzen über Geschäftsführung haben die Bekl. durch diese Erfüllung einer ihrem Erblasser obgelegenen Regreßverbindlichkeit einen Ersatzanspruch gegen ihren Miterben (den Kl.) erworben, da ihr Verhalten in dieser Sache nach den Umständen vollkommen gerechtfertigt erscheint. Denn sobald die Zahlungsunfähigkeit des Trassaten bekannt geworden war, hatten

Digitized by Google

sie sofort die Geltendmachung der Regreßansprüche der Indossatarin oder deren Verlangen, daß für richtige Zahlung der valuta zur Verfallzeit Sicherheit oder Deckung geleistet werde, zu erwarten. Indem sie nun, zu Abwendung eines gerichtlichen Verfahrens und zu Vermeidung der hiedurch zwecklos entstehenden Kosten, alsbald gegen Rücknahme der Wechsel dem Regreßanspruch Statt gaben und der Indossatarin den Wechselbetrag vergüteten, ihr auch die auf Kosten des Trassanten zu bewirkende Protesterhebung erließen, haben sie die Erbmasse des Trassanten nicht in eine schlimmere Lage versetzt, als in welche dieselbe durch die Einhaltung des Wechselverfahrens gekommen wäre, sondern hiebei in deren eigenem Interesse und so gehandelt, wie in ähnlichen Fällen Kaufleute wenigstens dann zu handeln pflegen, wenn sie, wie hier, voraussetzen können, daß der Indossatar erforderlichen Falls bei der Protesterhebung eine Säumniß sich nicht werde zu Schuld kommen lassen.

Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart v. 14 April 1855. (v. H.)

II. Civilproceß.

210.

Statuten-Collision. Einrede der Ungültigkeit nach den Geſetzen des ausländiſchen Vertragsortes.

Vgl. Bd. 8 Nr. 85.

Beſtreitet der aus einem Vertrage Beklagte die Gültigkeit des Geſchäftes unter Bezugnahme auf das ausländiſche Geſetz des Orts der Eingehung, ſo iſt es ſeine Sache, dieſen Einwand durch nähere Angaben, in Anſehung der geſetzlichen Gründe der Ungültigkeit, gehörig zu begründen. Die bloße Behauptung, der in der Klage geltendgemachte Vertrag ſey nach der in Anwendung kommenden Geſetzgebung des ausländiſchen Vertragsortes ungültig, iſt für genügend nicht zu achten.

Erk. des OAG. zu Darmſtadt v. 12 Oct. 1850. (Schott wider Engelhart.) (Bopp.)

211.

Unzuſtändigkeit der Gerichte bei Streitigkeiten über Steuerforderungen ausländiſcher Finanzbehörden gegen Inländer.

Dem Werkmeiſter S. zu Stuttgart wurde wegen ausgeführter Accordarbeiten an dem Bau der württemb. Eiſenbahn nach Bruchſal von der großh. badiſchen Ober-Einnehmerei zu Bruchſal eine Gewerbeſteuer von 324 fl. angeſetzt, und da er ſolche beſtritt, ſo erhob die genannte Behörde gerichtliche Klage

Digitized by Google

gegen ihn bei dem Stadtgericht in Stuttgart. Dieses erklärte sich, Einwendens des Beklagten ungeachtet, für zuständig, und der Kreisgerichtshof zu Eßlingen verwarf die hierwider erhobene Beschwerde als grundlos, weil die Bestimmungen der k. württemb. Verordnung vom 14 Jun. 1823, welche die Gerichte bezüglich aller Streitigkeiten über öffentliche Abgaben für unzuständig erklärt, auf derartige, einem auswärtigen Staate zustehende Forderungen keine Anwendung fänden, diese vielmehr einem diesseitigen Unterthan gegenüber als bloße Privatforderungen erscheinen, über welche daher im Streitfalle auch nur der Richter entscheiden könnte. In Folge der fortgesetzten Beschwerde des Bekl. wurde aber von dem obersten Gerichtshofe die Klägerin mit ihrem Anspruche wegen Unzuständigkeit der Gerichte zurückgewiesen, da, wenn auch die k. Verordnungen vom 13, 14 Juni 1823 sich zunächst nur auf Streitigkeiten über die von den württemberg. Steuerbehörden angesetzten Steuern beziehen, es doch ein jetzt allgemein anerkannter Grundsatz sey, daß die Gerichte überhaupt nur über solche Streitigkeiten zu entscheiden haben, welche dem Gebiete des Privatrechts angehören; daher auch streitige Steuerforderungen fremder Staaten an württembergische Staatsangehörige nicht als zur Entscheidung der württemb. Gerichte sich eignend betrachtet werden können, indem eine Steuer dadurch, daß sie an den Angehörigen eines anderen Staates gefordert werde, ihre Natur als eine öffentliche, auf dem Hoheitsrechte der Besteuerung beruhende Abgabe nicht verliere. Ob aber im vorliegenden Falle die badischen Steuerbehörden sich mit Erfolg an die württembergischen Verwaltungsstellen wenden können, sey eine die Gerichte nicht berührende Frage; sollte dieß auch nicht der Fall seyn, so würde hieraus nur folgen, daß es erst noch einer durch die beiderseitigen Staatsregierungen zu vereinbarenden besonderen Bestimmung hierüber bedürfe; nicht aber daß die Gerichte zur Einschreitung zuständig seyen.

Entscheidung des Obertribuaals in Stuttgart vom 14 Mai 1855. (v. H.)

Digitized by Google

212.

Gränzen zwischen Justiz- und Regiminal-, beziehungsweise zwischen Civil- und Criminalgerichtssachen. Quiescirung eines Pfarrers wegen verschuldeter Dienstunfähigkeit.

Nachdem der Pastor R. zu A. (im H. Braunschweig) von der wider ihn erhobenen Anklage wegen unsittlichen Lebenswandels durch Erkenntniß des Schwurgerichtshofes in Wolfenbüttel vom 30 Jänner 1852 freigesprochen, und die gegen ihn provisorisch verfügte Suspension aufgehoben war, kehrte derselbe in seinen früheren Wirkungskreis zurück, mit ihm aber nicht das Vertrauen und die Achtung seiner Gemeinde. Durch Verfügung des Consistoriums in Wolfenbüttel vom 2 Oct. 1852 und in Gemäßheit Rescripts des h. Staatsministeriums v. 28 Oct. 1852 wurde hierauf der Pastor R. in der Rücksicht, daß nach den obwaltenden Umständen seine amtliche Wirksamkeit gelähmt sey und er hievon einen Theil der Schuld selbst trage, eine Rückkehr des Vertrauens und eine Herstellung des kirchlichen Lebens in der Gemeinde A. unter seiner Leitung nicht zu erwarten stehe, auch eine Versetzung auf ein anderes Pfarramt nicht thunlich sey, mit einem Ruhegehalt von 400 Thlrn. jährlich quiescirt, d. h. es wurde dem R., unter Beibehaltung seiner Würde und seines Titels, ein Adjunct im Pfarramte beigeordnet mit der Verpflichtung, den Kirchendienst statt des Klägers zu besorgen uud demselben den bezeichneten Theil der Pfarreinkünfte als Ruhegehalt auszuzahlen.

Der Pastor R., welcher die Legalität dieser Maßregel nicht anerkannte, forderte gerichtlich klagend von der Pfarre zu A. die sämmtlichen Pfarreinkünfte, eventuell eine Erhöhung der ihm zugewiesenen Pension von 400 auf 800 Thlr.

Ueber den auf Mittheilung dieser Klage zur Vernehmlassung von dem Consistorium zu Wolfenbüttel erhobenen Einspruch erkannte der Gerichtshof zur Entscheidung von Competenzstreitigkeiten für die Zuständigkeit der Gerichte.

In der hierauf gepflogenen Verhandlung machte die Beklagte

Digitized by Google

geltend, daß dem Kläger durch das Rescript vom 2 October 1852 aus rechtmäßigen Gründen ein Adjunct beigeordnet sey; unter Bezugnahme auf die Consistorialacten wurde ausgeführt, daß die kirchlichen Aufsichtsbehörden befugt seyen, einen Prediger, der seinem Amte in zweckentsprechender Weise nicht vorstehen könne, auch gegen seinen Willen zu pensioniren, sey es daß die Amtsunfähigkeit durch körperliche, oder geistige oder durch Ursachen herbeigeführt worden, die in ihren Wirkungen den gleichen Erfolg der Inhabilität zur Fortsetzung des Amts herbeiführen, analog daher der körperlichen oder geistigen Schwäche gleich zu achten seyen.

In erster Instanz wurde die Klage als unbegründet, resp. hinsichtlich des eventuellen Klagantrages als angebrachtermaßen unstatthaft zurückgewiesen. Auf erhobene Berufung erkannte das Obergericht zu Wolfenbüttel am 27 Jänner 1855: daß die Beklagte schuldig sey, dem Kläger die eingeklagten Pfarreinkünfte nicht weiter vorzuenthalten, jedoch unter Vorbehalt der dem Kläger obliegenden Verpflichtung, auf Anordnung der kirchlichen Regiminalbehörde statt der Naturalnutzung den Werth in Geld anzunehmen. Diesem Ausspruche lag die Annahme zu Grunde, die Verfügung vom 2 October 1852 sey von der Regiminalbehörde nicht innerhalb ihrer Competenz erlassen, daher ohne rechtliche Wirksamkeit; die Civilgerichte aber befänden sich nicht in der Lage, die Gründe, welche die Quiescirung des Klägers veranlaßten, ihrer Cognition zu unterziehen, und je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung dem fraglichen Verwaltungsacte rechtliche Wirksamkeit zu gewähren oder zu entziehen; nur dem Strafrichter stehe die Entscheidung darüber zu, ob genügende Gründe vorlägen, dem Prediger wegen eigenen Verschuldens das Beneficium ganz oder theilweise zu entziehen.

Auf Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wurde der obergerichtliche Ausspruch durch Erk. des Cassationshofs zu Wolfenbüttel v. 23 April 1855 vernichtet. Aus den Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die vorliegenden Zerwürfnisse sind nach dem Kirchenrechte

Digitized by Google

und übrigen gemeinen und reſp. particularrechtlichen Satzungen auf proceſſualiſchem Wege zu ordnen. [1])

Kläger iſt nicht verabſchiedet oder mit Dienſtentlaſſung belegt, ſondern ihm einfach nur wegen Dienſtunfähigkeit ein Adjunct beigeordnet. Das Recht zur Beiordnung eines Adjuncten iſt aber an ſich nirgend bezweifelt, und wenn bei der dadurch nöthig werdenden Regulirung über die Vertheilung der Pfarreinkünfte Zerwürfniſſe vorgekommen ſind, indem der Kläger meint, daß ihm ſein Dienſteinkommen vollſtändig, eventuell mehr als der ihm ausgeſetzte Antheil verbleiben müſſe, ſo kommen dabei nur Vermögensrechte in Betracht, über welche lediglich das Civilgericht erkennen kann. Denn es kann die Einbuße, welche der Kläger dadurch an ſeinem Dienſteinkommen erleidet, weil ſie nur als civilrechtliche Folge ſeiner Dienſtunfähigkeit erſcheint, und gewiſſermaßen als Retentionseinrede wegen Nichterfüllung der Vorausſetzungen und Bedingungen, unter denen dem Kläger ſein Dienſteinkommen quaſicontractlich eingeräumt worden, aber nicht als Folge von Uebertretung von Strafgeſetzen oder Unwürdigkeit geltend gemacht wird — als Strafe nicht aufgefaßt werden. Es liegt mithin ein Verhältniß vor, deſſen Verweiſung an das Criminalgericht unſtatthaft erſcheint, weil dieſes nur von der Verletzung eines Strafgeſetzes ausgehen kann, wovon aber hier nicht die Rede iſt, und Zerwürfniſſe über das Privatrecht, wie ſie hier vorliegen, für das Criminalgericht außer Betracht bleiben. [2]) Hieraus folgt daß auch die Einrede der Beklagten, daß dem Kläger aus rechtmäßigen Gründen ein Adjunct beigeordnet ſey (ſ. oben S. 282), nicht als zur Competenz des Civilgerichts nicht gehörig an das Criminalgericht gewieſen werden kann. Wäre das Civilgericht über dieſe Einrede der Beklagten zu erkennen ebenfalls nicht competent, ſo würde es an einem Richter überhaupt fehlen, und dieſes würde mit den Grundprincipien des

1) Bezugnahme auf Strippelmann, Sammlung von Entſch. Bd. 3 S. 319; Bd. 6 S. 234; Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 3 S. 434, Bd. 7 S. 482, 508 — 17; Zachariä, Staatsrecht 2te Aufl. Bd. 2 S. 80; Heffter, im N.-Arch. des Crim. R. 1833 S. 76 f., S. 175, 186, 194.

2) Bezugnahme auf Heffter a. a. O. S. 175, 177, 178.

Digitized by Google

Proceßrechts und dem landesverfaſſungsmäßigen Grundſatze, daß in ſtreitigen Fällen niemand an der Betretung des Rechtsweges vor den Gerichten gehindert werden ſolle, nicht zu vereinigen ſeyn. Indem alſo das angefochtene Erkenntniß über die vorliegenden privatrechtlichen und civilproceſſualiſch erörterten Zerwürfniſſe zu erkennen ablehnt, verſtößt daſſelbe gegen geſetzliche Vorſchriften, und muß daher beſeitigt werden. [3]) Es kann dagegen auch nicht angeführt werden, daß in dem Reſcript vom 2 Oct. 1852 die Aeußerung enthalten iſt, daß der Kläger einen großen Theil der Schuld ſelbſt trage, weil, wenn die Befugniß zur Beiordnung eines Adjuncten ſammt der damit verbundenen Verminderung des Dienſteinkommens ſchon bei unverſchuldeter Dienſtunfähigkeit vorhanden [4]), und allein darauf gegründet iſt, dieſe Befugniß um ſo mehr dann anerkannt werden müßte, wenn eben die Unfähigkeit nicht unverſchuldet, ſondern durch eigenes Verſchulden herbeigeführt wäre, indem, was in dem geringeren Falle (der Unverſchuldetheit) geſtattet iſt, der Natur der Sache nach in dem eminenteren Falle (der Verſchuldung) nicht ausgeſchloſſen ſeyn könnte [5]), auch niemand durch eigenes Verſchulden ſeine Lage rechtlich verbeſſern kann.

Mit dem Ausſpruche, das obergerichtliche Erkenntniß ſey zu vernichten, wurde das Urtheil in der Hauptſache verbunden, nämlich die Beklagte von der Principalklage freigeſprochen [6]). Gründe:

Als Motiv der Beiordnung eines Adjuncten auf Klägers Koſten iſt die Unfähigkeit des Klägers zur Verſehung ſeiner Amtsgeſchäfte angeführt worden. Wie dieſe Unfähigkeit entſtanden iſt, ob verſchuldet oder unverſchuldet, kommt nicht in Frage, da lediglich der factiſche Zuſtand der Unfähigkeit entſcheidet und hierdurch als Folge und Wirkung, nicht durch die Entſtehungs-

3) Bezugnahme auf §. 130,2 der Braunſchweig. Civ.-Pr.-Ord.

4) Bezugnahme auf Richter, Kirchenrecht §. 174. Vgl. auch §. 216, 217.

5) Hinweiſung auf fr. 21, 110 pr. de reg. jur.

6) Ueber den eventuellen Antrag, die Erhöhung der Penſion betr., lag noch kein Ausſpruch des Obergerichts vor; daher wurde dieſes angewieſen, nachträglich darüber zu erkennen.

Digitized by Google

ursachen derselben, die Nothwendigkeit der Beiordnung eines Adjuncten bedingt wird. Wer aber zur Versehung eines Amtes unfähig ist, kann sich über Beiordnung eines Gehülfen auf seine Kosten nicht beschweren. [7]) Aus den gepflogenen Verhandlungen und den in Bezug genommenen Acten geht unläugbar hervor, daß der Kläger nicht diejenigen Eigenschaften besitzt, welche im Stande gewesen wären, die gänzliche Lähmung seiner amtlichen Wirksamkeit zu hindern, das Wiedererwachen des gänzlich erstorbenen kirchlichen Lebens unter seiner Leitung zu bewirken, und dadurch den Voraussetzungen und Zwecken seiner Anstellung als Prediger zu entsprechen. Es kann daher keinen Unterschied machen, daß Kläger nicht krank und altersschwach ist, und daher die in der (mit dem gemeinen Kirchenrechte hierin zusammentreffenden) Kirchenordnung angeführten Veranlassungen der Dienstunfähigkeit nicht wörtlich auf ihn passen, indem es auf die Unfähigkeit an sich, nicht aber auf ihre Veranlassungen ankommt, und nach allgemeinen gesetzlichen Regeln die Vorschriften der Kirchenordnung bei Gleichheit des Grundes und Zweckes auch auf andere als die daselbst genannten Unfähigkeitsursachen jedenfalls analogisch angewandt werden müssen. [8]) Solchemnach erscheint die Einrede der Beklagten als relevant, und es war solche auch für hinreichend bewiesen zu erachten. . . . . .

Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig. Jahrgang II. Nr. 7 S. 97 f.

213.

Gerichtsstand der materiellen Connexität ist nicht begründet, wenn eine rechtskräftig verworfene Einrede auf dem Wege einer neuen Klage geltend gemacht wird.

A. hatte gegen B. bei dessen zuständigem Gerichte, dem Hofgerichte zu G., eine Klage auf Anerkennung seines Miteigen-

7) Bezugnahme auf Pfeiffer a. a. O. S. 615, 616; Hefftter a. a. O. S. 177, 178.

8) Vgl. fr. 12, 13, 32 pr. de legibus (1, 3 .

Digitized by Google

thumes zu $^1/_3$ an einem Braunsteinbergwerke, auf Rechnungsstellung rücksichtlich des bisherigen Betriebes und Herausgabe des Gewinn-Antheiles, erhoben. B. schützte die exceptio turpis causae vor, gestützt darauf, daß der Cedent des A., ein öffentlicher Bergbeamter, vermöge seiner dienstlichen Stellung keinen Antheil an Privatbergbau-Unternehmungen habe nehmen dürfen. Diese Einrede wurde rechtskräftig verworfen, und mehrere deßfallsige Restitutionsgesuche wurden vergeblich erhoben, um dieser Einrede Eingang zu verschaffen.

Nun erhob B. bei einem anderen Gerichte, dem Landgerichte zu F., als dem forum domicilii des A., eine condictio ob turpem causam, indem er behauptete, seine früher vorgeschützte Einrede sey nur angebrachtermaßen verworfen worden. A. bestritt die Zuständigkeit des Gerichtes, weil die jetzige Klage zu dem von dem Obergerichte bereits rechtskräftig entschiedenen Rechte des A. in einem materiellen Zusammenhange, ja sogar in einem Einheits-Verhältnisse stehe, mithin nur dort der Gerichtsstand des A., in Beziehung auf sein dort von ihm klagend geltend gemachtes und ihm zugesprochenes Recht, ausschließend begründet seyn könne. Das Untergericht erklärte sich darauf hin für unzuständig, in den beiden höheren Instanzen wurde jedoch die Zuständigkeit des Untergerichts ausgesprochen aus folgenden Gründen: Eine materielle Connexität wäre nur bei präparatorischen Präjudicial- und Incidentsachen anzunehmen, nicht aber bei dem Verhältnisse zwischen angeblich angebrachtermaßen verworfenen Einreden und neu erhobenen, auf das nämliche Fundament gestützten Klagen. Wenn auch ein Untergericht die Bedeutung und Wirksamkeit des von einem anderen höheren Gerichte erlassenen rechtskräftigen Erkenntnisses zum Gegenstande seiner Beurtheilung machen müsse, so werde hierdurch noch nicht eine Connexität der Sachen herbeigeführt.

Const. 10 de judiciis (III, 1) beziehe sich nicht auf zwei gesonderte Processe, sondern auf mehrere zu der nämlichen Rechtssache gehörige Fragen und Punkte.

Glück, Commentar Bd. II. S. 315.

Digitized by Google

Schmid, Handbuch des Civilproceſſes Bd. I. S. 112.
Bayer, Vorträge über den Civilproceß 8te Ausg. S. 208.

Ob die Behauptung des Klägers gegründet ſey, daß ſeine Einrede früher nur in der angebrachten Weiſe verworfen worden ſey, darauf dürfe jetzt noch nicht eingegangen werden, weil es ſich vorerſt nur um Feſtſtellung des Gerichtsſtandes handle.

Urtheil des OAG. zu Darmſtadt v. 28 Febr. 1855 in Sachen Briel w. Storch. Lit. S. Conv. 52 Nr. 17.

(Z.)

214.

Klagbegründung bei Lohnforderungen für Handwerksarbeiten.

Für beſtellte Schreinerarbeiten wurde Bezahlung gefordert. Der Beklagte rügte an der Klagſchrift den Mangel einer Angabe darüber, auf welche Weiſe die angeſetzten Preiſe oder Löhne feſtgeſtellt worden ſeyen, und beantragte Abweiſung der Klage in der angebrachten Art. Dieſem Antrage wurde nicht ſtattgegeben. In den oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen heißt es: man müſſe annehmen daß, wenn bei derartigen Leiſtungen die einzelnen Preiſe nicht vertragsmäßig feſtgeſetzt worden ſeyen, die zur Zeit der Leiſtung üblichen oder tarifmäßigen in Anſpruch hätten genommen werden ſollen.

Erk. des OAG. zu Darmſtadt v. 16 Febr. 1855 (Seippiſche Concursmaſſe geg. Seipp.) (Z.)

215.

Gränzen der Einrede der Litispendenz.

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die Beklagte will die Einrede der Litispendenz daher entnehmen, daß ſie in dem anderen Proceſſe, welchen ſie als Klägerin gegen ihren Ehemann auf Trennung von Tiſch und Bett erhoben, auf die proviſoriſche Verfügung angetragen hat, daß ihr während

Digitized by Google

jenes Processes gestattet werden solle, von ihrem Ehemanne getrennt zu wohnen. Sie beruft sich also hierbei nicht auf ein ihr wirklich schon zustehendes Recht, sondern auf ein Recht, welches sie erst durch eine richterliche einschreitende Verfügung erlangen will, durch welche das Recht des Klägers auf ihre Rückkehr in die eheliche Wohnung, aus dem derselbe in dem jetzigen Processe klagte, beschränkt werden soll. Nun aber muß es — abgesehen von besonderen gesetzlichen Ausnahmen — für unzulässig erachtet werden, den Gegner an der Ausübung seines an sich als existent anerkannten Rechts durch den bloßen Antrag auf Aufhebung dieses Rechts zu verhindern, wie dieß sowohl aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, als auch sich durch manche anerkannte Anwendung jener Regel bestätigt, z. B. daß die Anbringung einer Klage auf Cassation eines Wechsels oder einer Schuldverschreibung im ordentlichen Processe nicht die Anstellung der Wechsel- und Executivklage aus derselben Urkunde, die Anhängigkeit der rei vindicatio nicht die Anstellung des interdictum uti possidetis, und namentlich die Anhängigkeit der Ehescheidungsklage nicht die Anstellung der Klage auf Rückkehr in die eheliche Wohnung hindert.

Pfeiffer, Prakt. Ausführungen Thl. 5 S. 132 und 137.

Der Kläger hätte ja unstreitig in jenem Processe den Antrag auf Rückkehr der Beklagten in die eheliche Wohnung im Wege einer Reconvention anbringen können; es muß ihm also auch freistehen, denselben durch eine Separatklage zu verfolgen, welche er zu einer Zeit angestellt hat, wo eine Reconvention völlig statthaft gewesen wäre, nämlich vor der Vernehmlassung in dem anderen Processe.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30 Juni 1840 in der Brem. S. Bockelmann contra uxorem. (Hei.)

Digitized by Google

216.

Ergebniß richterlicher Würdigung des Einwandes mangelhafter Vertragserfüllung, insbesondere accordwidriger Baufführung von Seiten des klagenden Baumeisters.

Ein Baumeister klagte auf Bezahlung der accordirten Bausumme, wurde aber in den ersten Instanzen noch zur Zeit abgewiesen, und ihm nur vorbehalten, nachdem er den Accord in den Punkten, worin er geständigermaßen von demselben abgewichen, erfüllt haben werde, aufs neue gegen den Beklagten klagbar zu werden.

Dieses Erkenntniß wurde indessen vom OAG. abgeändert, und die Erledigung aller den Baucontract betreffenden Differenzen im gegenwärtigen Verfahren angeordnet. Die Entsch. Gr. bemerken darüber folgendes:

„An sich hat es nämlich zwar seine Richtigkeit, daß wenn aus einem Bilateral-Contracte auf Erfüllung desselben geklagt wird, der Beklagte zu der im Contracte stipulirten Leistung nicht für schuldig erachtet werden kann, ehe und bevor nicht der Kläger die ihm obliegende Leistung vollständig erfüllt hat, indem eine theilweise Leistung noch nicht das Recht gibt, die Gegenleistung des andern Theils zu fordern.

Fr. 13 §. 2 de act. emt. vend. (19, 1).

Auch kann die Entschuldigung des Klägers, welche derselbe namentlich in Beziehung auf die contractswidrige Höhe des Dachs gebraucht, nicht für entscheidend erachtet werden, daß der Beklagte dabei kein wesentliches Interesse habe, oder der dem Beklagten durch Nichterfüllung entstandene Schaden viel geringer sey, als der des Klägers durch Nachholung der genauen Erfüllung; und ebenso wenig kann es ihm freistehen, zu fordern daß Beklagter anstatt der Erfüllung, wiewohl sie thunlich ist, mit einer bloßen Entschädigung sich begnüge, daher die hierauf gestützte Bitte des Appellanten verwerflich ist. Allein jenes an sich richtige Princip hindert doch nicht durchweg die Anstellung der Klage aus dem Contracte auf die dem Beklagten obliegende Leistung, vielmehr muß auf selbige eingegangen werden, so oft es

Digitized by Google

bei dem einen oder bei dem andern Punkte zweifelhaft ist, worin die dem Kläger obliegenden, von ihm angeblich vorab zu erfüllenden Leistungen bestehen, ob denselben Genüge geschehen, oder ob besondere Umstände obwalten, weßhalb der Kläger davon befreit zu achten sey.

Darüber ist in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe der concreten Verhältnisse richterlich zu entscheiden, resp. sind die deßfallsigen Beweise festzustellen. — Nur wenn die Nichterfüllung des Contracts von Seiten des Klägers im ganzen Umfange der vorgeschützten Einrede liquid ist, würde eine Abweisung der Klage zur Zeit erfolgen müssen.

Das Obergericht ist jedoch in die weitere Instruction der Sache um deßwillen nicht eingegangen, weil die der Klage opponirte Einrede des nichterfüllten Vertrags durch das Geständniß des Klägers „in mehreren Punkten" sofort liquid sey, namentlich unter andern hinsichtlich der Höhe des Dachs, welcher Umstand allein genügen müsse, um Kläger noch zur Zeit abzuweisen.

Dagegen kommt aber in Betracht, daß der Kläger bei den meisten von dem Beklagten geltend gemachten monitis seine Verpflichtung aus verschiedenen Gründen läugnet, und es sowohl nach dem Texte des Erkenntnisses als nach den Entscheidungsgründen zweifelhaft bleibt, welche von den mehreren Punkten eigentlich als diejenigen, worin Kläger geständigermaßen von dem Accorde abgewichen, gemeint seyen. Diese Unbestimmtheit des Urtheils würde zur Folge haben, daß, wenn der Kläger nicht allen vom Beklagten gerügten Mängeln, sondern nur jenem einen wegen der Höhe des Dachs, und vielleicht noch dem andern, wegen der Schiefer in der Kellerküche abgeholfen hätte, der Beklagte wegen der übrigen vorgeschützten Einwendungen der neuangestellten Klage wiederum die Einrede des nichterfüllten Contracts entgegensetzen würde, wodurch dann eine neue weitläufige Verhandlung über diese schon jetzt spruchreifen ferneren Einwendungen herbeigeführt werden würde, welche vermieden werden kann, wenn schon jetzt darüber erkannt wird.

Daher erschien es angemessen

1) diejenigen Leistungen ausdrücklich zu bezeichnen, hinsicht-

Digitized by Google

lich welcher schon jetzt liquid ist, daß der Kläger sie zur Beseitigung jener Einrede erfüllen muß;

2) hinsichtlich der übrigen Einwendungen des Beklagten, in sofern sie nicht aus besonderen Gründen für verwerflich zu achten sind, die weitere Instruction zu verfügen.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 18 Juni 1840 in der Brem. S. Hauschild w. Zeidler. (Hei.)

217.

Ein vorausgegangenes Verfahren als Bedingung der Rechtskraft eines Erkenntnisses.

In einer Concurssache setzte das Gericht durch Locationserkenntniß vom 6 Febr. 1827 die Kinder des Gemeinschuldners wegen der Illatenforderung ihrer verstorbenen Mutter dem Hypothekargläubiger vor. In dem Distributionsbescheid vom März 1828 überwies das Gericht diese Illatenforderung dem Hypothekargläubiger, weil die Masse zu dessen Befriedigung nicht zureiche und die Mutter der Kinder des Gemeinschuldners sich zur Sicherheit dieses Gläubigers verbürgt habe. Im folgenden Jahr fochten diese Kinder den Distributionsbescheid darum an, weil der Hypothekargläubiger auf jene Ueberweisung nicht angetragen habe und so darüber auch keine Verhandlung gepflogen worden sey. Das Gericht wies sie aber zurück, weil der Distributionsbescheid die Rechtskraft beschritten habe. Hiergegen Beschwerde an das Oberappellationsgericht, das sich in einem Erlasse an das Gericht voriger Instanz dahin aussprach: Der Hypothekargläubiger habe bei Verfolgung seiner Darlehensforderung die ihm subsidiarisch aus der angeblichen Bürgschaftsleistung der verstorbenen Ehefrau des Gemeinschuldners zustehenden Rechte gegen die Kinder desselben mit keiner Sylbe angeregt, sich deren Geltendmachung nicht einmal vorbehalten; mithin sey jener Distributionsbescheid, der von kurzer Hand, ohne vorausgegangenes Verfahren, jene Ueberweisung verfügt habe, als ein wirkliches, der Rechtskraft unterworfenes Erkenntniß nicht anzusehen, so daß es auf die Form

Digitized by Google

nicht ankomme und auch die mit der Publication verbundene Erklärung der Nothfristen unerheblich sey. Den Querulanten habe daher der Weg einer außergerichtlichen Beschwerde offen gestanden, und da diese als begründet erscheine, so sey bei Beurtheilung der nun vorliegenden Rechtssache auf jenen Bescheid keine Rücksicht zu nehmen.

Verfüg. des OAG. in Darmstadt vom 29 October 1830.
(Bopp.)

218.

Beweisinterlocut. In gewissen Fällen thut es noth, dem Richter ein freies Urtheil über das Gewicht der einzelnen zum Beweise verstellten Umstände und die daraus zu ziehende Folge vorzubehalten. Nachbarrecht, das Ueberströmen von Rauch und Dampf betreffend.

In einer Rechtssache zwischen Nachbarn, das Ueberströmen von Rauch und Dampf aus der einen Liegenschaft in die andere betr., war über die einzelnen Umstände der vom Kläger angeführten Belästigung auf Beweis erkannt, nebstdem darüber:

„daß diese Belästigung dadurch gehoben oder doch gemindert werden könne, wenn der Schornstein einige Fuß, und solchenfalls um wie viel, höher gezogen werde."

Der oberste Gerichtshof bestimmte, es sey der eben hervorgehobene Bestandtheil des Beweissatzes wegzulassen, und dagegen dem künftigen richterlichen Ermessen nicht nur ein freies Urtheil über das Gewicht der einzelnen zum Beweise verstellten Umstände, sondern auch die Rücksicht darauf vorzubehalten, ob nicht die Belästigung der Kläger durch eine Aenderung in der Anlage des Schornsteins ohne erheblichen Nachtheil für den Beklagten gehoben werden könne.

Entscheidungsgründe.

Die vorliegende Sache gehört zu den keineswegs ganz seltenen Fällen, in welchen es für den Richter nicht nur schwierig, sondern gar nicht einmal möglich ist, schon bei Festellung des

Digitized by Google

Beweissatzes zum voraus eine genaue und sichere Entscheidung darüber abzugeben, von welchen factischen Umständen das endliche Resultat des Processes werde abhängen müssen, indem vielmehr erst die Beweisführung selbst einen genaueren Maßstab für das Gewicht der einzelnen zum Beweise verstellten Thatsachen zu liefern vermag. In solchen Fällen darf also auch die Rechtskraft der Beweis-Interlocute sich nicht so weit erstrecken, daß dadurch dem künftigen richterlichen Ermessen über jene Fragen vorgegriffen würde; und es bleibt, wenn auch nicht schlechthin nothwendig, doch jedenfalls zur Verhütung von Mißverständnissen rathsam, jenes freie Ermessen des Richters durch einen ausdrücklichen Vorbehalt im Beweis-Interlocut zum voraus zu sichern, wie solches in dem gegenwärtigen Erkenntnisse geschehen ist.

Daß nämlich die vorliegende Nachbarstreitigkeit in der That von der obengedachten Beschaffenheit sey, das ergibt sich nicht nur aus einer genaueren Erwägung der dabei zunächst in Betracht kommenden Stelle des Röm. Rechts

fr. 8 §. 5—7 si servit. vind. (8, 5),

sondern auch schon aus der Natur der Sache selbst. So viel nämlich

I. die obengedachte Pandektenstelle anbelangt, so ist darin gar keine feste Entscheidung des in Frage stehenden concreten Falls enthalten, sondern es läßt sich daraus, neben den speciell entschiedenen Verhältnissen nur noch im allgemeinen die, auch sonst keinem Zweifel unterliegende Regel: in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, sowie die Möglichkeit gewisser Widerspruchsrechte entnehmen, welche unter Nachbarn in Beziehung auf die Verbreitung des Rauchs geltend gemacht werden dürfen. Denn abgesehen von der im §. 7 enthaltenen bestimmten Entscheidung, daß, um die zur Ableitung des Dampfes — und ebenso auch des Rauches — bestimmten Röhren bis in das Grundstück des Nachbarn hineinleiten zu dürfen, eine Servitut nothwendig sey und mithin auch gültig bestellt werden dürfe, läßt sich aus den beiden vorhergehenden Paragraphen jener Stelle nur so viel theils direct, theils vermöge des argumentum e contrario folgern, daß die Nachbarn sich auch noch

Digitized by Google

anderweitige bedeutende Beläſtigungen durch Rauch, zumal wenn dieſe die Folge beſonderer Gewerbe oder eigenthümlicher Vorrichtungen ſind, nicht ohne weiteres gefallen zu laſſen brauchen, und daß es eben deßhalb ſtatthaft iſt, ſolche außerordentliche Verhältniſſe durch Servituten beſtimmter zu reguliren. Ebenſo wird in einer zweiten Stelle der Pandekten

fr. 44 de injuriis (47, 10)

nur das ausdrücklich anerkannt, daß niemand bloß zu dem Zwecke um ſeinen Nachbarn zu chicaniren, Rauch nach deſſen Grundſtück hin verbreiten dürfe.

Allein dieſe allgemeine Möglichkeit ſolcher Widerſpruchsrechte genügt noch nicht zur Entſcheidung der Frage: wie weit dieſelben im einzelnen gehen dürfen; und ſelbſt die in dem fr. 8 §. 5 cit. erwähnte *immissio fumi* führt in dieſer Hinſicht zu keiner feſten Gränze, da eine genauere Erörterung darüber, was zu einer immissio zu rechnen ſey, gänzlich fehlt, und darunter keineswegs bloß eine beſondere Vorrichtung, wodurch der Rauch den Nachbarn künſtlich zugeführt wird, ſondern überhaupt den Umſtänden nach das Eindringen des Rauchs in höher liegende Gebäude, auch ſchon nach bloßen Naturgeſetzen, zu verſtehen ſeyn dürfte, wie ſolches namentlich auch das fr. 44 cit. andeutet. Ebenſo iſt aber auch

II. aus der Natur der Sache im allgemeinen nur ſo viel zu entnehmen, daß zwar die Befugniß, auf ſeinem eigenen Grund und Boden und zum eigenen häuslichen Gebrauche Feuer zu machen, im ganzen unbeſchränkt bleiben muß, und daß man daran namentlich nicht wegen ſeltener außerordentlicher Beläſtigungen, die den Nachbarn daraus erwachſen, gehindert werden darf; daß aber anderſeits auch nicht bloß die Abſicht, den Nachbar zu chicaniren, ſondern ebenſo wohl auch die nachtheilige Anlage eines Schornſteins, ſowie der Betrieb eines beſonderen Gewerbes, ein Widerſpruchsrecht des Nachbarn zu begründen geeignet ſeyn können.

Es wird demnach in einzelnen Fällen dieſer Art immer ſehr viel auf das freie Ermeſſen des Richters ankommen müſſen, und es laſſen ſich für dieſes Ermeſſen im allgemeinen nur gewiſſe

Digitized by Google

leitende Gesichtspunkte aufstellen, zu welchen namentlich folgende drei gehören:

1) das Quantum des dem Nachbarn zugeführten Rauchs, in welcher Rücksicht auch der Umstand, ob derselbe von gewöhnlichen Herden und Oefen, oder von einem besonderen Gewerbe herrührt, erheblich werden kann;

2) der Grad der dadurch verursachten Belästigung, und

3) die größere oder geringere Leichtigkeit der Abhülfe, ohne erheblichen Nachtheil für den zu beschränkenden Eigenthümer. [1])

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 29 Oct. 1840 in der Brem. Sache Franke u. Gräven w. Claussen. (Hei.)

219.

Zunftgenossen als Zeugen in Processen der Zunft.

In oberstrichterlichen Motiven kommt hierüber vor:

„Die von den Klägern denominirten Zeugen können (zum Beweise eines angebl. Vergleichs zwischen dem Schnürmacher- und dem Knopfmacheramte), da dieselben von ihnen als Schnürmacher-Amtsmeister bezeichnet sind, bei dem Widerspruche des Beklagten nicht zugelassen werden, weil sie Zeugen in eigener Sache seyn würden. Wenn die Kläger sich hiegegen darauf berufen, daß Mitglieder einer Gesammtheit in Sachen der letzteren gegen Dritte schon oft zum Zeugnisse zugelassen worden seyen, so ist dieß in solchen Fällen, wo jedes Einzelne von der Gesammtheit nur ein entferntes Interesse an dem obschwebenden Streite hat, z. B. wenn der Streit das patrimonium universitatis betrifft, richtig. Anders verhält sich jedoch die Sache in einem Falle wie der vorliegende, wo jeder Einzelne aus der Gesammtheit unmittelbar bei dem Ausgange des Processes betheiligt ist. Denn je nachdem der Beklagte in dem gegenwärtigen Rechtsstreite unter-

---

1) Verweisung auf *Stryk*, de jure sensuum 1753 Diss. V. cap. II. §. 17 cap. III §. 8 — 10; Luden, von den Servituten 1837 S. 55.

liegt oder obsiegt, darf jeder einzelne Meister des Posamentir-Amts auf Zunahme oder Verminderung seines Gewerbsbetriebs rechnen."

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 23 April 1841 in der Brem. S. Schnürmacher- und Posamentir-Amt w. Börner.

(Hei.)

220.

Beugenbeweis. Wenn auch ein unfähiger Zeuge rechtskräftig zugelassen worden ist, so darf doch auf dessen Aussage kein Gewicht gelegt werden.

In einer Rechtssache war der Vater des Producenten als Zeuge rechtskräftig zugelassen und eidlich abgehört worden. Der Product berief sich jedoch im Hauptverfahren wiederholt darauf, daß der Zeuge unfähig sey.

In der dritten Instanz wurde angenommen, daß die vorläufige Zulassung des Zeugen nicht der Prüfung der Frage entgegenstehe, ob auf dessen Aussage Gewicht gelegt werden könne? Diese Frage müsse aber verneint werden, weil der Vater des Producenten ein gänzlich unfähiger Zeuge sey.

Urtheil des OAG. zu Darmstadt vom 22 Februar 1855 i. S. Wolf w. Wilhelm von Göbelnerd Lit. W. conv. 27.

(Z.)

221.

Verbindlichkeit des Klägers zur Urkunden-Edition.

Nach römischem Rechte konnte zwar der Beklagte vor der Einlassung vom Kläger auch die Vorlegung solcher Urkunden verlangen, welche dieser erst künftig etwa zum Behufe des Beweises gebrauchen möchte.

Fr. 1 §. 3 de edendo (2, 13);
C. 7 eod. (2, 1).

Digitized by Google

Allein durch den
§. 35 des jüngsten Reichsabschieds
ist dieß aufgehoben, und dem Kläger freigestellt worden, die Production solcher Urkunden bis dahin zu verschieben, daß der Gegner erst mit seiner Verantwortung eingekommen ist.

Glück, Erl. der Pand. 4. Bd. S. 34.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 31 Oct. 1840 in der Brem. S. Tuchhändler-Societät w. Heyzenröder. (Hei.)

222.

Amtsbefugniß zur Actenadjunction.

In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung einer Zunftsache kommt vor:

Wenn die Beklagten sich über die verfügte Adjunction der Administrativ-Acten der Morgensprache (der damaligen Administrativ- und Justiz-Behörde für Zunftsachen) beschweren, welche die Prüfungen des Klägers und dessen Zulassung zum Meisterstücke betreffen, so ist es von selbst klar, daß dieselbe nicht nur zweckmäßig, sondern auch nothwendig war, und selbst von Amtswegen hätte geschehen müssen, da in jenen Acten gerade das Factum selbst, worauf es in dem jetzigen Processe ankommt, nämlich das bei den gedachten Vorgängen beobachtete formelle Verfahren enthalten ist, und sich daher der Richter durch eigene Einsicht derselben vor aller weiteren Beweisführung von diesem Factum Kenntniß zu verschaffen hat.

Const. 2 de edendo (2, 1).

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 9 April 1840 in der Brem. S. Maurergewerke w. Seemann. (Hei.)

Digitized by Google

223.

Vermuthung für die vollständige Aufzeichnung eines Geschäfts durch Errichtung einer Urkunde über dasselbe. Beweislast.

Vgl. Bd. 3 Nr. 30, 154; Bd. 6 Nr. 19.

Gegen die Klage aus einer urkundlichen Verpflichtung wurden Bedingungen geltend gemacht, welche angeblich vorgängig der Beurkundung verabredet und durch diese (nach der Behauptung des Verklagten) nicht entkräftet waren. Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung dieser Rechtssache entnehmen wir was folgt:

Es kommt auf die Frage an, in wie fern die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über ein Rechtsgeschäft, wenn ihr Inhalt von den vorausgegangenen Verabredungen über letzteres abweicht, eine stillschweigende Abänderung des Willens der Betheiligten folgern läßt. Dabei aber muß es als Grundlatz gelten, daß, wenn die schriftliche Urkunde entweder zu einer vollständigen Darstellung des Rechtsverhältnisses bestimmt war, oder ihr Inhalt wenigstens weder nach der Natur des bekundeten Geschäftes noch durch besondere Hinweisungen erkennen läßt, daß daneben noch weitere Verabredungen bestehen, die Vermuthung für eine vollständige Aufzeichnung spricht, daher derjenige, welcher das Gegentheil behauptet, den Beweis übernehmen muß.

Im vorliegenden Falle stellt nun die Urkunde **A** ein in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft dar; der Beklagte verpflichtet sich zu einem bestimmten Alimenten-Betrag und verspricht dafür eine näher bezeichnete Sicherheit in Geld oder Obligationen zu leisten. Die Verpflichtung war ihrer Natur nach eine einseitige, und es bedurfte daher nicht etwa der Mitunterschrift des Gläubigers, da in der Annahme der ausgestellten Urkunde die Acceptation des Versprechens lag. Die Urkunde lautet unbedingt und gibt nicht die mindeste Andeutung, daß sie aus mündlichen Verabredungen zu ergänzen sey. Unter diesen Umständen liegt dem Beklagten *der Beweis der beabsichtigten Fortdauer der mündlichen Verabredungen* um so mehr ob, als es

Digitized by Google

sich dabei . . . . . um Suspension eines wesentlichen Theils der Verpflichtung handelt, wobei die Unterzeichnung der unbedingt lautenden Fassung sich als etwas ungewöhnliches darstellt. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 25 Jänner 1855 (Thomä w. Schnapper). Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 3 S. 14 f.

224.

Anfechtung eines Gutachtens von Sachverständigen. Kein Instanzenrecht bei Sachverständigen.

Vgl. Bd. 3 Nr. 131, 132; Bd. 7 Nr. 132; Bd. 8 Nr. 332.

In einer Rechtssache handelte es sich von Anfechtung eines Gutachtens von Sachverständigen, welches in Gemäßheit des zwischen den Parteien stattfindenden Vertragsverhältnisses erholt worden. Dem vom Kläger gestellten Antrage, ein Superarbitrium von andern Sachverständigen zu erholen, wurde nicht stattgegeben.

Gründe:

Ein Instanzenrecht in Bezug auf Gutachten Sachverständiger steht aus den Gesetzen nicht zu begründen. Ein Mangel der Instruction, oder in der Person der Sachverständigen, oder eine innere Unglaubwürdigkeit ist in Bezug auf das angefochtene Gutachten nicht nachgewiesen. Die versuchte Anfechtung würde (abgesehen von den hier nicht in Frage kommenden Fällen des Betrugs und der übermäßigen Verletzung) nur dann statthaft seyn, wenn der Kläger dargelegt hätte, daß die Sachverständigen bei ihrer Preisbestimmung von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen seyen. . . . . .

Erk. des Cassationshofes zu Wolfenbüttel vom 1 Mai 1855 (Steinau w. herzogl. Kammer). (R.)

Digitized by Google

225.

Wirkung der Präclusion, nach ergangener Edictalcitation, in Bezug auf öffentliche Generalhypotheken.

Der Canonicus Werner zu Stade beſtellte im Jahre 1823 ſeinen Stieftöchtern wegen der zu 3000 Rthlr. angenommenen materna derſelben eine Generalhypothek, die als öffentliche in das Stadtrentenbuch eingetragen ward. Nach dem im Jahre 1837 erfolgten Tode des Canonicus Werner verkaufte deſſen Teſtamentsvollſtrecker, der Zeugfärber Dauber, dem Fährſchiffer Kühlke zu Stade, als zum Nachlaſſe des defuncti gehörig, eine ſ. g. Wohnbude (kleineres Wohnhaus). Hinſichtlich der an dieſe Wohnbude zu machenden dinglichen Anſprüche erwirkte der Käufer im Jahr 1838 auf Grund des §. 140 der (damals geltenden) hannover'ſchen Untergerichtsordnung [1]) eine Edicalladung, und noch in demſelben Jahre, nachdem ſeitens der Werner'ſchen Stieftöchter, bezw. deren Erben Anſprüche aus der obengedachten öffentlichen Generalhypothek nicht angemeldet worden, einen Ausſchlußbeſcheid, worauf die Berichtigung der Kaufgelder erfolgte.

Ungeachtet des erfolgten Ausſchlußbeſcheides trat der Advocat Blohm, als Mandatar der einen noch lebenden Werner'ſchen Stieftochter und der Erben der anderen bereits verſtorbenen, im Jahre 1850 mit der Pfandklage wider den Fährſchiffer Kühlke als Beſitzer der (inzwiſchen neu erbauten) Wohnbude auf. Dieſer läugnete den der actio hypothecaria zu Grunde gelegten Anſpruch, nahm in Abrede, daß ſich die beſtellte, ihm unbekannt geweſene Generalhypothek auf die gekaufte Wohnbude bezogen habe, und berief ſich außerdem auf die erfolgte Präcluſion. Der Kläger beſtritt die Wirkſamkeit dieſer, da die beſtellte Hypothek als öffentliche in das Stadtrentenbuch eingetragen und ſchon deßhalb als bekannt anzuſehen geweſen ſey, behauptete daneben auch, daß ſowohl der Verkäufer Dauber als der Käufer Kühlke zur Zeit

1) §. 140 — Dieſe (die Edictalladung) findet insbeſondere ſtatt — bei der Erwerbung und Veräußerung von Grundſtücken in Hinſicht derer, welche daran unbekannte dingliche Anſprüche haben.

Digitized by Google

der erwirkten Edictalcitation und des abgegebenen Ausschlußbescheides Kenntniß von dem fraglichen Schuldverhältnisse und der gewährten Sicherheit gehabt habe.

Das Untergericht nahm an, daß die behauptete Bekanntschaft des Käufers Kühlke mit der bestellten Generalhypothek — auf welche Bekanntschaft allein Gewicht gelegt wurde — noch nicht aus dem Umstande, daß dieselbe in das Stadtrentenbuch eingetragen gewesen, herzuleiten sey, und legte deßhalb dem Kläger außer dem Beweise,

daß die fragliche Hypothek bestellt sey und sich auf die Wohnbude qu. mit erstrecke,

den ferneren Beweis auf,

daß dieses auch dem Beklagten Kühlke während des von demselben beantragten Edictalverfahrens bekannt gewesen sey.

Von dem zuständigem Mittelgerichte wurde der letztere Beweis gestrichen unter folgender Begründung:

„Nach Maßgabe der, den gemeinen Rechtsansichten sich anschließenden, Bestimmungen im §. 140 der U. G. O. können die Wirkungen einer Edictalcitation und des darauf erlassenen Ausschlußbescheides nicht füglich auf solche dingliche Rechte sich erstrecken, welche, wie im vorliegenden Falle bei dem in Frage stehenden öffentlichen Pfandrechte, einestheils dem die Edictalladung erlassenden Gerichte der belegenen Sache bekannt sind oder bekannt seyn müssen, anderntheils aber auch von den betreffenden Interessenten, unter Anwendung der herkömmlichen Vorsichtsmaßregeln, leicht erkundet werden können. Auch ist eine Ausdehnung der Wirkungen der Edictalcitation auf die Ermittelung der etwaigen (unbekannten) Inhaber eines bekannten Pfandrechtes schon aus dem Grunde nicht für zulässig zu erachten, weil es dem Provocanten für die Wahrung seiner rechtlichen Interessen gleichgültig seyn konnte, wer als Rechtssubject für die einmal vorhandene Pfandbestellung etwa sich ausweisen möchte, überdem in dieser Hinsicht die Erfordernisse eines eigentlichen Mortificationsverfahrens, wenn solches für zulässig zu halten, vom Beklagten nicht weiter dargethan sind."

Von einer andern Ansicht ging das höchste Landesgericht

Digitized by Google

bei seiner Entscheidung aus, wodurch der fragliche unterrichterliche Beweis wieder hergestellt wurde. Es wird darin gesagt:

„Nach Vorschrift des §. 140 der U. G. O. werden allerdings bei Veräußerungen von Grundstücken die bekannten dinglichen Ansprüche von der zu erlassenden öffentlichen Ladung nicht betroffen. Dennoch kann der Umstand, daß, wie im vorliegenden Falle zwar behauptet, aber noch zu erweisen seyn wird, eine das Grundstück mit erreichende Generalhypothek in das Hypothekenbuch eingetragen gewesen, ohne weiteres nicht für geeignet gehalten werden, um eine die Zulässigkeit der Edictalladung ausschließende, auf Seiten des Beklagten vorhanden gewesene Kunde von der Existenz der fraglichen Hypothek annehmen zu dürfen. — Auch kann eine auf Seiten des Dauber vorhanden gewesene Kenntniß der fraglichen Art dem Käufer des Grundstücks als Singularsuccessor nicht nachtheilig werden."

Erk. des OAG. zu Celle vom 17 Jan. 1854. (Hdf.)

226.

Anfangspunkt der Wirksamkeit eines Ausschlußbescheides.

Der Steuerdirector J. zu Verden hatte bei dem dortigen Stadtgerichte eine Edictalcitation aller derjenigen erwirkt, welche dingliche Ansprüche rücksichtlich des von ihm an die königliche Steueradministration verkauften, zu Verden belegenen Wohnhauses glaubten geltend machen zu können. Professionstermin war auf den 30 April 1845 angesetzt, und wurde unmittelbar nach Abhaltung dieses Termins an demselben Tage von dem Stadtgerichte der Ausschluß der nicht angemeldeten Forderungen in Bezug auf das fragliche Wohnhaus erkannt. Bereits am 1 Mai 1845 gieng bei dem Gerichte eine Liquidation des Dr. jur. L. zu Gifborn, in Vertretung seiner Ehefrau, einer Tochter des Steuerdirectors J., ein, welche Anmeldung indessen, ohne Rücksicht auf das event. gestellte Restitutionsgesuch, auf Grund des erlassenen decreti praecl. als verspätet zurückgewiesen ward.

Digitized by Google

Auf die Appellation des Liquidanten erließ das zuständige Mittelgericht ein rescr. de emendando, weil feststehe, daß das Pfandrecht des Appellanten bereits am Tage nach Abhaltung des Professionstermins angemeldet worden, in einem solchen Falle aber, da nicht constire daß der nach dem Professionstermine ausgesprochene Präclusivbescheid bereits veröffentlicht worden, das angemeldete professum annoch zu berücksichtigen gewesen sey, ohne daß es hierzu einer Restitution bedurft habe.

Das höchste Landesgericht erachtete dagegen diesen Entscheidungsgrund als unrichtig, weil der fragliche Anspruch erst nach Abhaltung des Edictaltermins vom 30 April 1845 und nach Erlassung des an demselben Tage publicirten Präclusivi angemeldet sey, wogegen noch eine weitere Verhandlung wegen des eventuellen Restitutionsgesuchs vorgeschrieben ward.

Erk. des OAG. zu Celle vom 5 Nov. 1846. (Hdf.)

227.

Berufungs-Zulässigkeit wegen Zusammenhangs.

Aus oberstrichterlichen Motiven entnehmen wir:

Die Appellation ist ihrem ganzen Umfange nach für statthaft zu achten. Denn die erste Beschwerde betrifft einen unstreitig appellablen Gegenstand . . . . . ; daher konnten die Beklagten mit der Appellation über diesen Punkt auch Beschwerden über andere nur proceßleitende Verfügungen [1]) verbinden.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 9 April 1840 in der Brem. S. Maurergewerk w. Seemann. (Hei.)

---

1) Gegen welche allein nach der Brem. GO. Appellation nicht stattfindet.

Digitized by Google

228.

Berufungsfrist-Versäumniß, vom Gegner stillschweigend nachgesehen.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde hierüber geäußert:

Da Beklagter, ungeachtet er die Verspätigung aus dem Präsentatum des ihm zugefertigten Duplicats der Appellationsschrift hat ersehen können, dieselbe nicht gerügt, sondern lediglich auf das Materielle der Sache seine Widerlegungsschrift gerichtet hat, so ist hierauf nicht näher einzugehen, sondern das Versäumniß für stillschweigend verziehen zu achten gewesen. Vgl. *Kind*, quaest. (ed. 2) Tom. III. cap. 65.

Erk. des OAG. zu Dresden vom Nov. 1852. in S. Ferbin w. Dresser. Sächs. Zeitschft. für Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XII S. 359.

229.

Ueber Rechtskraft der die Appellation abweisenden Decrete.

Vgl. Bd. 2 Nr. 244.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung heißt es:

Wenn es auch im allgemeinen seine Richtigkeit hat, daß auf einseitigen Antrag einer Partei abgegebene Decrete von demjenigen Richter, der selbige abgegeben, selbst wieder aufgehoben werden können, und also ein ordentliches Rechtsmittel gegen dieselben wenigstens nicht nothwendig ist, so kann dieß doch bei den die Appellation abweisenden Decreten des Appellationsrichters nicht Platz greifen, weil durch ein solches abweisendes Decret, wenn gegen dasselbe kein ordentliches Rechtsmittel ergriffen worden, die Appellation erledigt wird und als Folge davon das Erkenntniß, gegen welches die (verworfene) Appellation ergriffen worden, die Rechtskraft beschreitet, deren Eintreten überall nur durch ein ordentliches Rechtsmittel verhindert werden kann, nach eingetre-

Digitized by Google

tener Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses aber von einer bloßen Remonstration, Extrajudicialappellation oder einfacher Beschwerde gegen das die Appellation gegen dasselbe verwerfende Decret nicht weiter die Rede seyn kann.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 29 Nov. 1854. (P.)

230.

Berufung, den Streitgenossen nützlich.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe enthalten das folgende:

Der wider den Rechtsbestand der Revision, soweit dieselbe auch für den Mitappellaten Arens ergriffen worden ist, in der vorigen Instanz aus der Interdiction desselben entnommene formelle Einwand, welcher allerdings die Analogie des

fr. 47 u. 48 de acqu. vel om. her. (29, 2)

für sich hat, beseitigt sich, auch abgesehen von dem, was bereits das O.-Gericht darüber bemerkt hat, schon durch die bei der Appellation mehrerer Streitgenossen geltende Regel, daß wenn auch von mehreren Litisconsorten einer nicht appellirt, die Sache hinsichtlich seiner aber ebenso zu beurtheilen ist, als hinsichtlich der andern Litisconsorten, auf deren Appellation eine reformatoria ergeht, diese auch jenem nicht appellirenden Streitgenossen nütze.

Fr. 10 §. 4 de appellat. (49, 1);
Tit. Cod. si unus ex plur. appell. (7, 68).

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 21 Juli 1840 in der Brem. S. Zeidler w. Arens u. Cons. (Hei.)

231.

Restitution wegen neu aufgefundener Zeugen. Fahrlässigkeit des Restitutionssuchers. Unzulässigkeit wegen Besorgniß der Subornation, beziehungsweise weil die frühere Beweisführung bereits eidlich ergänzt worden.

Nachdem ein dem Kläger auferlegter Beweis durch Zeugen

bis zum Ergänzungseide geführt und dieser Eid abgestattet worden war, bat der Beklagte noch um Abhörung eines angeblich neu aufgefundenen Zeugen praevia restitutione; dieser Antrag wurde aber mittelst Erkenntnisses des höchsten Gerichts aus folgenden Gründen verworfen:

Erstens mußte aus der Versicherung des Imploranten, von dem nunmehr nachträglich vorgeschlagenen Zeugen Chr. Meyer erst um die Mitte November Kunde erhalten zu haben, auch wenn sie noch eidlich bestärkt würde, doch immer zugleich der dringende Anschein einer großen Nachlässigkeit und eigenen Verschuldung von seiner Seite entstehen, wodurch nach bekannten Vorschriften des römischen Rechts

fr. 16 ex quib. caus. major. (4, 6),
fr. 7 pr. in f. de in int. rest. (4, 1)

die Restitution großjähriger Personen unzulässig wird. Denn es kommt hier auf einen Zeugen an, der schon vor Ausbruch des Wortwechsels zwischen dem Imploranten und seinem Bruder mit höchstens fünf andern Personen das eigene Zimmer des Imploranten betreten haben müßte, worin übrigens außer den Brüdern selbst nur noch zwei Hausmägde sich abwechselnd befanden; auf einen Zeugen, der überdieß dem Imploranten, als Bewohner derselben Dorfschaft, und als der Sohn seines Bekannten Albt. Meyer, unstreitig von Person sehr wohl bekannt war. Zwar will letzterer sich darauf berufen, daß ihn damals der Zorn verhindert habe, jenen Zeugen zu bemerken; allein dieser Entschuldigung steht der Umstand entgegen, daß der Zeuge, den jetzt übergebenen Beweisartikeln zufolge, schon bei dem Glückwunsch seines Vaters zu der Verlobung des Imploranten, also vor Ausbruch des brüderlichen Zwistes, zugegen gewesen seyn soll. Wäre aber dennoch dem Imploranten jener Zeuge wirklich unbemerkt geblieben, so mußte dieser doch von anderen gesehen werden, und ersterer hätte, da der Zwist sofort den Abzug des Bruders und sehr bald darauf den jetzigen Proceß herbeiführte, dessen Anwesenheit von jenen leicht erfahren können, indem die Ausrede, daß alle Umstehenden zur Gegenpartei gehört und ihm deßhalb nichts

Digitized by Google

mitgetheilt hätten, wenigstens auf seine zweite Reprobatorialzeugin, die Magd Beta Hesse, gewiß keine Anwendung findet.

Noch weniger kann zweitens nach dem Inhalte der nunmehr vorgelegten neuen Beweisartikel die gebetene Restitution gewährt werden. Dieselben betreffen nämlich im wesentlichen ganz dieselben Thatsachen, welche den Gegenstand des früheren umständlichen Beweis- und Gegenbeweisverfahrens ausgemacht haben; ja zum Theil lauten sie sogar wörtlich mit den früheren Gegenbeweisartikeln übereinstimmend, oder sind den damaligen Beweisartikeln direct widersprechend. Ueber solche Artikel dürfen aber des metus subornationis halber, auch neu aufgefundene Zeugen nach einmal eröffnetem Zeugenrotul nicht mehr vernommen werden, indem das beßfallsige allgemeine Verbot des canonischen Rechts

Cap. 17 X. de testib. (2, 20),
Clem. 2 eod. (2, 8)

nicht nur überhaupt als jetzt noch gültig anzusehen ist, sondern namentlich auch in dem Falle neu aufgefundener Zeugen keine Ausnahme erleidet. Zwar beziehen jene Stellen des canonischen Rechts sich zunächst nur auf das beneficium novorum bei Appellationen gegen noch nicht rechtskräftig gewordene Erkenntnisse; allein hievon läßt sich auf Restitutionsgesuche gegen bereits rechtskräftig gewordene Erkenntnisse eine durchaus sichere Anwendung machen, weil der metus subornationis in beiden Fällen ganz derselbe bleibt, übrigens aber die für den ersteren geltenden Beschränkungen neuer Beweismittel in dem zweiten noch um so viel mehr gelten müssen.

Vgl. *Wernher*, lectiss. comment. ad Pand. lib. XII tit. 2 §. 30.

Ganz entscheidend gegen den Imploranten ist aber endlich drittens die jetzige processualische Lage der Sache. Denn da seiner eigenen Angabe nach der seinem Gegner auferlegte Erfüllungseid von diesem schon am 11 November v. J. wirklich abgeleistet worden ist, so muß auch der Beweis des Klaggrundes nunmehr für vollständig geführt angenommen werden, und der Beklagte müßte, um denselben durch einen directen Gegenbeweis wieder zu beseitigen, auch diesen letzteren vollständig erbringen.

Digitized by Google

Stryk, diss. de probat. contra praestit. juram. legale (Diss. Hal. Vol. I Nr. 28) c. 3 §. 11.
Malblanc, de jurejur. §. 66 num. II. p. 176—178 ed. II.
Müller, Obs. ad Leyserum, Vol. III. obs. 330.
Overbeck, Medit. Thl. 9. Med. 465. a. E.;

ja Malblanc und Müller verlangen ſogar einen mehr als vollſtändigen Gegenbeweis, weil es noch eines Uebergewichts über den früheren entgegengeſetzten Beweis bedürfe.

Kann nun hierbei auch ein ſolcher Gegenbeweis ebenſo wohl durch Zeugen als durch Urkunden erbracht werden, [1]) ſo iſt es doch ebenſo gewiß, daß dazu ein einziger Zeuge nicht hinreicht, indem eine ſolche iſolirte Ausſage auch in dem allergünſtigſten Falle doch immer noch erſt durch einen nothwendigen Eid der Reproducenten beſtärkt werden müßte; wie denn in der That auch die eigene Meinung des Imploranten nur dahin geht, daß er nach Vernehmung dieſes neuen Zeugen zum Purgatorium zuzulaſſen ſeyn werde. Der Geſtattung dieſer Eidesaushülfe tritt aber jetzt der Umſtand ganz entſcheidend entgegen, daß ſich nun nicht mehr, wie früher, beiderſeits unvollſtändige Beweisführungen gegenüberſtehen, ſondern daß der Kläger, wie bemerkt, ſeinen Beweis durch den von ihm geſchwornen Eid ſchon wirklich vervollſtändigt hat, ſo daß gegen dieſen bereits abgeleiſteten Eid der einen Partei ein direct widerſprechender Eid von der andern Partei geſchworen werden müßte, was nicht nur an ſich unſtatthaft erſcheint, ſondern überdieß auch niemals dahin führen könnte, die Unwahrheit des erſten Eides vollſtändig zu beweiſen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 18 Febr. 1840 in der Brem. S. Kropp w. Kropp. (Hei.)

---

1) Bezugnahme auf §. 180 der Ordnung für das OAG.

232.

Restitution einer proceßführenden Partei wegen bäuerlicher Einfalt und wegen Versehens des Sachführers.

1) Bäuerliche Einfalt (Rusticitas) kann als Restitutionsgrund nur aus dem Gesichtspunkte einer, in entschuldbarer Rechtsunkenntniß sich gründenden Behinderung an eigener Verfolgung von Rechten aufgefaßt werden. Wird nun Rechtsunkenntniß selbst denjenigen Personen, welchen dieselbe im allgemeinen zu gute gerechnet werden soll, dann nicht verziehen, wenn ihnen Rechtsbelehrung zur Seite stand, so muß der Umstand, daß die Partei sich bei Führung ihres Rechtsstreites eines Advocaten bedient hat, die Gewährung der Restitution wider einen eingetretenen processualischen Nachtheil unthunlich erscheinen lassen. Sodann findet aber auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen bäuerlicher Einfalt lediglich in der sogenannten generellen Clausel ihren Grund, und diese Clausel läßt eine Restitution nur wegen Versäumnisse, nicht wegen positiver Handlungen zu. Es ergibt sich hieraus, daß wider einen Verzicht, welchen die Partei bezüglich der Verfolgung eines eingelegten Rechtsmittels abgegeben hat, Restitution wegen bäuerlicher Einfalt nicht stattfindet.

2) Die Restitution einer proceßführenden Partei wegen eines Versehens ihres Sachführers läßt sich gleichfalls nur auf die sogenannte generelle Clausel stützen. Es kann daher wohl gegen Versäumnisse des Sachführers, nicht aber ohne Hinzutreten eines speciellen Restitutionsgrundes gegen positive Handlungen desselben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden.

Erk. des OAG. zu Celle 1850, von Eime zu Harriehausen wider Macke daselbst, wegen Forderung. (Erck.)

Digitized by Google

233.

Nichtigkeit eines Erkenntnisses wegen mangelnder vorgängiger ordnungsmäßiger Abstimmung.

In einem gegebenen Falle wurde ein Erkenntniß als unheilbar nichtig angefochten, weil in dem Verhandlungstermine, nach Uebermachung und Verlesung der Vertheidigungsschrift des Querulanten durch dessen Anwalt, der Vorsitzende des Gerichts sofort, ohne zuvor die übrigen Mitglieder des Gerichts befragt zu haben, das Erkenntniß abgegeben und von dem Gerichtsactuar habe protocolliren und verkündigen lassen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ward oberstrichterlich für begründet erachtet, da in dem eingezogenen Berichte des Gerichts der Angabe des Querulanten nicht widersprochen, sondern nur versichert worden, daß von dem Vorsitzenden *vor* dem Eintritt des Anwalts des Querulanten mit den übrigen Gerichtsmitgliedern Rücksprache genommen worden sey, da ein rechtsgültiges Votiren aller nicht habe stattfinden können, bevor der Querulant oder sein Anwalt gehört worden und das ohne vorgängige ordnungsmäßige Abstimmung abgegebene Erkenntniß daher wegen eines wesentlichen Mangels im Verfahren als nichtig zu betrachten sey.

Erk. des OAG. zu *Kiel* vom 31 Januar 1855. (P.)

234.

Der Recurs gegen die Entscheidung eines von dem Obergericht committirten Untergerichts geht zunächst an das committirende Obergericht.

In den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses heißt es: Wenn auch dem Obergerichte unbenommen ist, einzelne zu seiner Competenz gehörende gerichtliche Handlungen, als: Erlassung eines Proclams oder die Aufnahme eines Angabeprotokolls durch die Untergerichte vornehmen zu lassen, so kann darin doch auf keinen Fall die Befugniß des Obergerichts gefunden werden,

Digitized by Google

ſich ſeiner Gerichtsbarkeit gänzlich zu entäußern und die Entſcheidung in den zu ſeiner Competenz gehörigen Sachen, mit Verletzung des den Parteien eben auf eine Entſcheidung des Obergerichts zuſtehenden Rechts, einem Untergerichte zu übertragen; vielmehr muß den Parteien, wenn ſie ſich bei der Entſcheidung des committirten Untergerichts nicht beruhigen zu können vermeinen, der Recurs an das Obergericht offen bleiben.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 7 Juli 1842. (P.)

235.

Compenſation im Concurſe aus Contractsverhältniſſen, welche vor dem Concurſe begründet ſind [1]).

Vgl. Bd. 2 Nr. 117; Bd. 8 Nr. 214.

Der Oekonom Klöpper in Ochterſum verpachtete mittelſt Contracts vom 7 Oct. 1849 die zu ſeinem Hof gehörige Schäferei ſowie außerdem 13 Morgen Landes dem Knochenhauermeiſter Heins zu Hildesheim auf die ſechs Jahre von Michaelis 1849 bis dahin 1855 zu einem jährlichen Pachtgeld von insgeſammt 161 Thlr. Gold.

Bereits am 22 Dec. 1849 iſt über das Vermögen des Verpächters Klöpper Concurs erkannt; von Seiten der Concursmaſſe iſt aber der mit Heins abgeſchloſſene Pachtcontract fortgeſetzt.

Als der Pächter die bis Michaelis 1852 verfallenen Pachtgelder nicht berichtigte, trat der Klöpper'ſche Concurscurator mit einer Klage wider ihn auf. Gegen dieſe machte der Beklagte — abgeſehen von ſonſtigen Einwendungen — zum Zwecke der Compenſation namentlich eine Gegenforderung von 232 Thlr. Gold,

---

1) Die im Nachſtehenden mitzutheilende Entſcheidung iſt in ſo fern von beſonderm Intereſſe, als ſie den Beweis liefert, wie vorſichtig man bei dem Eintreten in bereits vor dem Concurſe beſtandene obligatoriſche Verhältniſſe verfahren muß, will man von der Concursmaſſe an ſich vermeidliche Nachtheile abwenden. (Hdſ.)

Digitized by Google

als den Kaufpreis von 90 Stück an den Cridar Klöpper im Jahre 1847 verkaufter Schafe, geltend.

Der klägerische Curator räumte den fraglichen Verkauf, sowie den geforderten Kaufpreis als richtig ein, bestritt indessen die Zulässigkeit der Compensation.

Das Gericht erster Instanz wies denn auch die von Beklagten erhobene Gegenforderung, als zur Compensation nicht geeignet, aus dem dermaligen Verfahren zurück.

Dagegen erkannte das OAG. zu Celle (dritter Senat):

„Der Kläger hat ausdrücklich eingeräumt, daß von Seiten der Concursmasse das vom Beklagten mit dem Cridar eingegangene Pachtverhältniß fortgesetzt worden sey, mithin kein neuer Vertrag darüber zwischen den Parteien stattgefunden habe. Es muß daher der Kläger die aus jenem entspringenden Verbindlichkeiten wider sich gelten lassen. Daraus folgt aber, daß die dem Beklagten aus dem Verkaufe der 90 Stück Schafe, vor dem Ausbruche des Concurses, erworbene Forderung an den Cridar — zur Compensation gegen die erwähnte Pachtgeldforderung allerdings geeignet ist, weil beide aus vor dem Concurse geschlossenen Verträgen des Cridars mit dem Beklagten herrühren."

Erk. vom 17 Nov. 1853. (Hdf.)

236.

Compensation im Concurse bezüglich gegenseitiger Ansprüche aus einem Pachtvertrage. Concurs-Eröffnung.

Vgl. die vorige Nr.

Der Rittergutspächter Oe. zeigte dem Gericht am 1 Juli 1825 seine Insolvenz an. Das Gericht nahm mit Zuziehung eines alsbald bestellten Güterpflegers das Mobiliar des Oe. in Beschlag, bewirkte, da der Massepfleger die Fortsetzung des Oe.'schen Gutspachtes für die Gläubigerschaft ausdrücklich ablehnte, die Zurückgabe des Pachtgutes sammt Pachtinventar,

Digitized by Google

rücksichtlich dessen bei der Würderung eine Uebergewähr von 163 Thlr. sich herausstellte, an die Gutsverpächter, und veröffentlichte dann am 9 November die bereits am 8 August 1825 decretirte und entworfene Edictalladung.

Als nunmehr der Güterpfleger jene 163 Thlr. Uebergewähr sowohl, als eine von Oe. den Verpächtern bestellte Pachtcaution von 3000 Thlr., als zur Masse gehörig, von letzteren einforderte, schützten diese mit Bezugnahme darauf, daß der Cridar ihnen mit einem Pachtgelderrückstande von 4000 Thlr. verhaftet sey, die Einrede der Compensation entgegen, welche denn auch für unter den vorliegenden Umständen allerdings statthaft oberstrichterlich erklärt ward, aus folgenden Gründen:

Daß die Compensation wirklich vorhandener und bereits fälliger Forderungen an und für sich auch im Concurse Platz greife, ist unbestritten. In dem vorliegenden Falle wollen die Oberappellanten für sich anführen: die Forderung ihrer Gegner sey erst fällig geworden, als am 24 Sept. 1825 das Inventar an die Verpächter abgeliefert wurde, der Concurs jedoch — wie den Oberappellaten auch keineswegs unbekannt geblieben sey — bereits früher ausgebrochen, und nach dem Ausbruche des Concurses sey Compensation nicht mehr zulässig,

Dabelow, Concurs der Gläubiger S. 685,

und zwar in dem Betracht, daß die Edictalcitation an sich kein Act sey, von welchem ausschließlich die Eröffnung des Concurses herzuleiten, vielmehr in Ermangelung eines besonderen decreti de aperiundo concursu, jede unter Voraussetzung des Concurses statthafte Verfügung, namentlich Bestellung eines curatoris bonorum, Inventarium u. s. w. dahin zu rechnen;

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger S. 45,

in dem Falle aber, wo, wie hier, von dem Schuldner selbst eine förmliche Insolvenz-Erklärung ergangen, hiermit auch der Anfang des Concurses beginne.

Dabelow, a. a. O. S. 677.

Allein bei jedem Concurse sind zwei verschiedene Acte genau von einander zu unterscheiden: einmal diejenigen, welche den wirklichen Concurs vorbereiten und ihm vorangehen, und

Digitized by Google

zweitens diejenigen, welche den Concurs als wirklich eingetreten erklären, und dieß letztere muß nothwendig durch einen Ausſpruch des Richters geſchehen.

Gönner, Handbuch des Proceſſes Bd. 4 S. 508, 549 ff.. 554 ff.

Zu jenen muß die Inſolvenzerklärung des Schuldners gerechnet werden, die zwar für dieſen, in Anſehung ſeiner Dispoſitionsfähigkeit u. ſ. w. von verpflichtenden Folgen ſeyn, proviſoriſche Sicherheitsmaßregeln, Anordnung einer Adminiſtration u. ſ. w. rechtfertigen kann, aber den wirklichen Anfang des Concurſes dergeſtalt, daß die Gläubiger nun als Concursgläubiger zu betrachten, an ſich nicht bilden kann; hierzu bedarf es vielmehr einer Entſcheidung des Gerichtes, die nur auf dem Grunde vorgängiger Prüfung der ganzen Lage der Sache erfolgen kann.

Hiernach konnten die Gutsverpachter ſehr wohl von jenen präparatoriſchen Schritten Kenntniß erlangt haben, ohne dadurch in die Nachtheile eigentlicher Concursgläubiger geſetzt zu werden; dieſe beginnen erſt mit dem gehörig publicirten decreto de aperiundo concursu, und dieſes findet ſich erſt in der unterm 9 Nov. 1825 erlaſſenen Edictalladung. Zwar liegt dieſe in den Acten bereits ſchon unterm 8 Auguſt desſelben Jahres concipirt vor; allein ihr Effect konnte nur von der Publication anfangen, und deren von den Verpächtern nicht verſchuldete Verzögerung kann ihnen nicht zur Laſt fallen. Da nun die Rückgabe der Inventarien am 24 September erfolgte und jedenfalls damals die Forderung der Verpächter fällig geworden war, ſo erſcheint die Compenſation als vollkommen zuläſſig.

Wenn man dieſe Anſicht aber auch noch als zweifelhaft anſehen wollte, ſo würde ſich doch die Aufrechnung noch aus einem andern Grunde rechtfertigen. Die wechſelſeitigen Forderungen — Pachtcaution, Pachtgeld und Inventar-Uebergewähr — wurden fällig mit Beendigung des Pachtcontracts. Dieſe würde der Regel nach mit dem Ablaufe der Pachtjahre eingetreten ſeyn; allein ſie konnte auch dann ſtattfinden, wenn der Pächter die Pachtung fortzuſetzen außer Stande war und dieß — wie hier, am 1 Juli 1825, geſchehen — erklärte. Da nun die nachherige Gläubigerſchaft den Contract nicht fortgeſetzt hat und die Ver-

Digitized by Google

pächter das Pachtgut zurückgenommen haben, ſo war das Pachtverhältniß in der That ſchon am 1 Juli 1825 beendigt.

Zwar könnte eingewendet werden, daß es mindeſtens in jenem Zeitpunkte an der Liquidität der Anſprüche und Gegenforderung gefehlt habe, als wozu erſt die Abſchätzung des Inventars nöthig geweſen. Allein wenn es nach der Natur der unter Contrahenten beſtehenden obligatoriſchen Verhältniſſe zu der genaueren Beſtimmung der Forderung und Gegenforderung noch irgend eines Actes der Parteien, z. B. eines Rechnungsabſchluſſes, bedarf, ſo kann der Mangel desſelben zur Zeit der Beendigung des Contracts oder der Eröffnung des Concurſes das ſonſt begründete Recht der Aufrechnung nicht zerſtören, weil ſonſt, unverkennbar gegen die Abſicht der Contrahenten, ſich durch Verträge wechſelſeitig zu ſichern, entweder durch einen zufälligen, oder von dem Cridar böslich herbeigeführten Umſtand, z. B. plötzliche Inſolvenzerklärung, die wechſelſeitigen Rechte und Pflichten aufgehoben würden. Nun liegt es aber bei der Verpachtung von Landgütern in der Natur der Verhältniſſe, daß, wenn durch eine Inſolvenzerklärung die Pachtung aufgehoben wird, der Verpächter nicht ſogleich — das Pachtgeld ſelbſt etwa ausgenommen — liquidiren kann, ob und inwiefern ſich bei der erſt jetzt zu verlangenden Ablieferung des Inventars ein plus oder minus ergeben wird. Es iſt daher nothwendig, daß auch nach eröffnetem Concurſe eine Liquidation oder Abrechnung geſchehe, deren Reſultat alsdann auf den Zeitpunkt zurückwirken muß, in welchem die Compenſation, wäre alles fällige liquid geweſen, unbeſtritten ſtattgehabt haben würde.

Voet, Commentar. ad Pandect. T. 3 Lib. XVI tit. 2 §. 17.
Zoesii Commentar. ad Digesta. Lib. XVI tit. 2 num. 11.
Pufendorf, Observat. jur. universi Tom. I Obs. 79.
Becmannorum Consilia P. I p. 341, 461.

Erk. von der juriſt. Fac. zu Göttingen, Namens des OAG. zu Jena, im Juni 1828 in der Oeſer'ſchen Concursſache.

(E.)

Digitized by Google

237.

Locirung der Proceßkosten im Concurse.

Die von einem Concursgläubiger zur Liquidirung seiner Forderung, gleichviel ob in erster oder höherer Instanz, aufgewendeten Kosten, in welche die Masse verurtheilt worden ist, können nach der durch den Gerichtsgebrauch des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt als richtig anerkannten Theorie nicht zu den eigenen Concurskosten gerechnet oder als Masseschuld betrachtet werden. Es steht demnach dem betreffenden Gläubiger auf den Ersatz solcher Kosten kein vorzüglicheres Recht zu, als auf die Befriedigung der Forderung selbst, und hat derselbe erst dann ein Recht auf Kostenersatz, wenn nach Maßgabe der ergangenen Locirung seine Hauptforderung in die Zahlungsreihe kommt.

Entscheidung des OAG. zu Darmstadt vom 31 März 1840 i. S. des gräfl. Hauses Erbach-Fürstenau und Erbach-Schönberg gegen die Debitmasse des Grafen Karl zu Erbach Westerberg. (Lgsdff.)

238.

Wirkung der Güterabtretung (*Cessio bonorum*) im Concurse.

Vgl. Bd. 6 Nr. 112, 118.

In den Concursen, welche nicht durch freiwillige Güterabtretung (Cessio bonorum) eröffnet werden, ist der Concurs-Curator zweifellos berechtigt, die auch nach der Concurseröffnung von dem Cridar erworbenen Güter zur Masse heranzuziehen. Die vorgenommene Cessio bonorum hat dagegen nach römischem, heute noch anwendbaren Rechte die Wirkung, daß die Concursmasse nur aus den wirklich abgetretenen Gütern gebildet wird. Zu den letzteren gehören aber nur diejenigen Güter, welche schon zur Zeit der Cession in dem Vermögen des Cridars vorhanden waren, oder auf welche dieser bereits damals ein Anrecht hatte. Sonstiges, später erworbenes Vermögen kann der Concurscurator

Digitized by Google

nicht ohne weiteres zur Masse ziehen, sondern es bleibt nur den nicht befriedigten Gläubigern überlassen, aus diesem Vermögen ihre Befriedigung zu suchen, nachdem dem Cridar für sich und seine Familie das zum Unterhalte Nothwendige gewährt ist. Es kann daher in einem, von dem Concurscurator als solchem erhobenen Verfahren die Beschlagnahme der nach der Cessio bonorum erworbenen Güter nicht erwirkt werden, die Gläubiger müssen vielmehr in einem besonderen Rechtsstreite ihre Ansprüche gegen den Cridar geltend machen.

Erk. des OAG. zu Celle 1850. Siegert'sche Vormundschaft zu Bremervörde wider den Advocaten Augspurg daselbst, als Siegert'schen Concurs-Curator, wegen Versteigerung von Mobiliar. (Erck.)

339.

Einfluß des Concurses auf ein Dienstmiethverhältniß.

Am 23 Febr. 1841 schloß der Techniker R. mit den Inhabern der unter der Firma T. und Comp. bestehenden Kattunfabrik einen Vertrag auf drei Jahre ab, wodurch er gegen einen bestimmten Lohn das Geschäft eines Coloristen und Aufsehers über die Kattundruckerei übernahm.

Als nun über das Vermögen der beiden Fabrikinhaber wegen deren Ueberschuldung im Jahr 1842 Concurs erkannt, und dadurch das Eingehen der Fabrik veranlaßt wurde, liquidirte R. seine Forderung an Lohn, soweit derselbe rückständig war, und bis zum Ende seiner dreijährigen Dienstzeit von ihm zu beziehen gewesen wäre. Die Forderung wurde für liquid erkannt (für den noch nicht verfallenen Theil im Sinne einstweiliger Sicherstellung). Oberstrichterliche Motive:

Das Forderungsrecht des Liquidanten findet in dem zwischen ihm und den Gemeinschuldnern abgeschlossenen Dienstvertrag in so weit seine Begründung, daß zu dessen Realisirung noch die Erfüllung der vertragsmäßigen Verbindlichkeit des ersteren hinzukommen muß. Dieser Erfüllung ist es aber rechtlich gleichzuach-

Digitized by Google

ten, wenn von den Dienſten des Vermiethers, während derſelbe zu deren Leiſtung bereit iſt, in Folge eines auf Seite des Mitcontrahenten eingetretenen Hinderniſſes kein Gebrauch zu machen ſteht. Als ein ſolches auf Seite des Mitcontrahenten beſtehendes Hinderniß iſt aber der über das Vermögen des Gemeinſchuldners erkannte Concurs ſowie das Eingehen der fraglichen Fabrik anzuſehen. Mithin erſcheint die Forderung des Appellanten als rechtlich begründet, und es fehlt an einem rechtlichen Grunde, denſelben von der Liquidation im Concurſe auszuſchließen. . . . .

Erk. des OAG. zu Caſſel von 1845. (9472). Heuſer, Annalen. Jahrgang. II. S. 313 f.

240.

Stellung der Liquidanten im Concurſe. Liquidationen über bereits eingeklagte Forderungen.

Liquidationen im Concurſe können keineswegs unbedingt als neue und ſelbſtändige, oder wohl gar als bloß gegen die Creditoren zuſtändige Klaganträge betrachtet werden, da vielmehr ihre urſprüngliche Richtung gegen den Gemeinſchuldner immerhin wirkſam bleibt, wenn ſie gleich jetzt formell gegen den, den Cridar und die Creditoren gemeinſchaftlich vertretenden, Contradictor und Güterpfleger gerichtet werden. Solchemnach ſind die Concursgläubiger, die nicht Succeſſoren, ſondern Repräſentanten des Gemeinſchuldners ſind, und Namens ihrer iſt der Contradictor und Curator bonorum verbunden, die gegen den Gemeinſchuldner rechtshängigen Proceſſe in dem Maße, wie ſolche liegen, beſonders wenn die Liquidationen in Beziehung auf ſchon verhandelte Acten angebracht ſind, aufzunehmen und durchzuführen u. ſ. w.

Erk. des (vormaligen) OAG. zu Wolffenbüttel vom 6 März 1835, den Contradictor in Pape's Debitweſen w. Winkelmann betr. (R.)

Digitized by Google

241.

Concurscurator behufs Annahme von Zahlungen der Autorisation der Obercuratel nicht bedürftig.

Vgl. Bd. 6 Nr. 122.

Die in der C. 25 und 27 de administr. tut. et curat. (5, 37) enthaltenen Vorschriften beziehen sich lediglich auf solche Zahlungen, welche an Vormünder und Curatoren Minderjähriger geleistet werden, und lassen sich auf Zahlungen an Concurs-Curatoren analogisch nicht anwenden. Ebenso wenig besteht eine ausdrückliche gesetzliche Disposition des Inhalts, daß der Concurs-Curator zur Annahme von Zahlungen seitens der Schuldner einer besonderen Autorisation der Obercuratelbehörde bedürfe.

Erk. des OAG. zu Celle 1848 in Sachen Berber'scher Güterpfleger wider den Mandatar der Kannegießer'schen Erben, Banquier Hoffmann zu Celle wegen Zurückzahlung von 1400 Thlr. Gold. (Erck.)

242.

Eigenthum an den Manualacten des Concurs-Curators.

Manualacten des Concurscurators gehören zum Eigenthum der sämmtlichen Concursgläubiger.

Erk. des OAG. zu Celle 1848 in Sachen Ehlermann ctr. Ehlermann'schen Concurscurator wegen Herausgabe von Acten. (Erck.)

Digitized by Google

Nachtrag zu Nr. 183.

„Kinder" einer Person als Honorirte.

Gegen das im Auszuge mitgetheilte Erk. des OAG. zu Dresden vom 3 Oct. 1854 wurde ein weiteres Rechtsmittel eingewendet, welches zu einem abändernden Urtheil führte. Aus dessen Motiven entnehmen wir was folgt:

Obschon unter der Benennung Kinder in der Regel alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen werden, so kann man doch, wenn es sich um Auslegung einer zweifelhaften testamentarischen Verfügung handelt, von dieser Bestimmung nicht so ohne weiteres ausgehen, sondern hat vor allen Dingen zu erwägen, ob den gebrauchten Worten und den einschlagenden Verhältnissen nach, welche der Testirer hiebei möglicherweise vor Augen gehabt hat, auch anzunehmen sey, daß eine solche Auslegung seiner Willensmeinung wirklich entspreche. (Für den gegebenen Fall gelangte die weitere Erörterung zur Verneinung der Frage.)

Erk. des OAG. v. 12 April 1855. Wochenblatt f. merkw. Rf. 1855. Nr. 41 S. 327.

Digitized by Google

I. Civilrecht.

243.

Obſervanz. Verjährung.

Vgl. Bd. 1 Nr. 3; Bd. 9 Nr. 116. S. auch Bd. 2 Nr. 122; Bd. 5 Nr. 100.

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

1) In der offnen Uebung eines Rechts unter den Augen derer, die dabei betheiligt ſind, verbunden mit dem Unterlaſſen des Widerſpruchs von Seiten der letztern, liegt eine Art ſtillſchweigender Uebereinkunft, welche das Weſen der Obſervanz ausmacht.

2) Daß einer Partei der Beweis einer ihr zur Seite ſtehenden Verjährung etwa wegen verſpäteter Berufung auf ſolche, rechtskräftig abgeſchnitten worden, hindert dieſelbe nicht, eine beſtehende Obſervanz geltend zu machen, da dieſe keineswegs auf denſelben Gründen beruht, und an dieſelben Bedingungen geknüpft iſt, als die Verjährung. Namentlich erfordert jene nicht wie dieſe einen geſetzlich beſtimmten Zeitablauf, ſondern es fällt die zur Annahme einer Obſervanz erforderliche Dauer des gleichförmigen Verfahrens der richterlichen Beurtheilung anheim.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 20 September 1841 in der Brem. S. Lohgerberamt w. Hannover. (Hei.)

Digitized by Google

244.

Jus quaesitum. Rechtskraft. Neueres Privilegium.

Der Beklagte war vom Tischleramt verklagt, weil er mit neuen Tischlerarbeiten handelte, und da das ausschließliche Privilegium des Amtes auf solchen Handel mindestens zweifelhaft war, wurde ihm der beßfallsige Beweis auferlegt, wobei davon ausgegangen wurde, daß nach allgemeinem Zunftrechte das Privilegium der Zünfte an sich auf den Handel mit Zunftartikeln sich nicht erstrecke.

Später aber wurde dem klagenden Amte in seiner neuen Rolle ein solches Privilegium ausdrücklich ertheilt, und da Beklagter dessen ungeachtet den Handel mit neuen Tischlerarbeiten fortsetzte, so verklagte ihn das Tischleramt abermals wegen Eingriffs in dessen Privilegien.

Der Beklagte machte nun geltend, „daß die gedachte Bestimmung der Amtsrolle gegen ein ihm zustehendes jus quaesitum anlaufe, daher der Grundsatz zur Anwendung kommen müsse, daß ein Privilegium, welches erworbene Rechte eines Dritten verletze, ungültig sey," und berief sich dann noch auf obiges Beweis-Interlocut.

Hiegegen bemerken die Motive des OAGE.:

„Dieß kann jedoch keineswegs für richtig, noch für entscheidend erachtet werden; denn auch angenommen, daß vor Erlassung der neuen Rolle der Handel mit solchen neuen Mobilien, welche ein Kaufmann von dortigen Amtsmeistern erkauft hatte, demselben unverwehrt gewesen wäre, so fand dieß doch nur statt in Folge des vorher bestehenden allgemeinen Rechtszustandes, nicht aber in Folge eines besondern, dem Beklagten oder einer Zunft, welcher er angehörte, ertheilten Privilegiums. Dergleichen Befugnisse aber fallen nicht unter den Begriff der erworbenen Rechte, indem, wenn der bisherige Rechtszustand auf eine verfassungsmäßige Weise verändert wird, auch dergleichen Befugnisse wegfallen oder modificirt werden.

. . . . . Eine res judicata, wodurch ein bisher stattgefundenes jus generale anerkannt wird, ist eben so gut wie jedes

Digitized by Google

andere Recht der Aufhebung durch spätere Ereignisse unterworfen, namentlich also auch durch ein neues Gesetz, das auf gültige Weise erlassen worden."

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30 März 1841 in der Brem. S. Tischleramt w. Oestl. (Hei.)

245.

Einrede der Erschleichung gegen Acte der Gesetzgebung.

In der aus Nr. 244 ersichtlichen Rechtssache hatte sich der Beklagte ferner darauf berufen, daß die neue Rolle um deßwillen ungültig sey, weil sie durch falsche Vorspiegelung und Verschweigung des zwischen ihm und den Klägern anhängigen, eben erwähnten Processes erschlichen worden sey.

Allein auch dieser Einwand wurde mit den untern Instanzen vom OAG. verworfen aus folgenden Gründen:

Es ist freilich richtig, daß Rescripte, die der Regent in einzelnen Rechtssachen auf Bitten einer Partei erlassen haben sollte, mit der Einrede der Erschleichung angefochten und in Folge derselben von dem Richter bei Entscheidung dieser Rechtssache bei Seite gesetzt werden können.

Const. 2, 3, 4, 5, si contra jus (1, 22);
Const. 7 pr. de diversis rescriptis (1, 23);
Cap. 2, 22 X de rescriptis (1, 3).

Allein davon ganz verschieden ist ein Fall, wie der vorliegende, wo ein Gesetz von der gesetzgebenden Behörde über ein allgemeines Rechtsverhältniß, und auf den Bericht der mit Beaufsichtigung dieses Verhältnisses beauftragten Beamten erlassen wird, und dessen Zweck nicht die Entscheidung des bestimmten, anhängigen Processes, sondern die Regulirung allgemeiner Verhältnisse der Zunft ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30 März 1841 in der zu Nr. 244 bezeichneten Sache. (Hei.)

In einer andern Sache hatte sich der Beklagte auf einen Artikel der Rolle des Knopfmacher-Amts, zu dem er gehörte, berufen, und dagegen das klagende (Posamentier-) Amt die Replik vorgeschützt, daß die dadurch den Knopfmachern ertheilte Befug-

Digitized by Google

niß als erschlichen anzusehen, und deßhalb als nicht ertheilt zu betrachten sey.

Hiegegen wird in den Entscheidungsgründen des OAG. bemerkt:

„Obgleich solchen Verfügungen der Staatsregierung, wodurch dieselbe einem Supplicanten eine specielle Concession ertheilt, sofern diese durch erweislich unwahre Vorstellungen des Bittenden erwirkt worden ist, wenn derselbe vor Gericht von der erschlichenen Concession Gebrauch machen will, daselbst mit Erfolg die exceptio sub- et obreptionis entgegengestellt werden kann,

Tit. Cod. Lib. 1 Tit. 21, 23;

Mevii, Decis. P. 2 Dec. 197,

so leidet dieß doch keine Anwendung auf die Erlassung allgemeiner gesetzlicher Vorschriften, wie dergleichen in der einer Zunft ertheilten Rolle enthalten sind.

Hier kommt nun noch hinzu, daß die in Frage stehende Verfügung überall nicht, vielweniger durch Unwahrheiten, von denjenigen, die sich darauf stützen, veranlaßt, sondern von der Obrigkeit aus Gründen des öffentlichen Wohls beschlossen ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 23 April 1841 in der Brem. S. Posamentier-Amt w. Börner. (Hei.)

246.

Statutencollision in Bezug auf die Klagenverjährung.

Vgl. Bd. 8 Nr. 7.

Abweichend von der unter der bezeichneten Nummer sub 2 mitgetheilten Ansicht des dritten Senats des OAG. zu Celle entschied der zweite Senat dieses Gerichts in einem Rechtsstreite, der eine Waarenforderung zum Gegenstande hatte:

„daß der im Auslande erfolgte Abschluß des Vertrages der Anwendung des (hannover'schen) Verjährungsgesetzes v. 22 Sept. 1850 [1]) durch das angegangene Proceßgericht keineswegs entgegenstehen würde."

1) S. Anmerk. 1 zu Bd. 8 Nr. 7.

Digitized by Google

Erk. vom 6 Febr. 1855 in S. des Holzhändlers J. F. Martens jun. zu Hamburg w. H. Börger zu Steinkirchen, wegen Forderung. (Hdſ.)

247.

Statuten-Colliſion. Alimentations-Anſprüche des außerehelichen Kindes.

Vgl. Bd. 1 Nr. 153; Bd. 2 Nr. 4, 118; Bd. 3 Nr. 135, 254; Bd. 8 Nr. 7.

Der oberſte Gerichtshof zu München hat in einer Plenarberathung vom 5 Jun. 1855 den Satz feſtgeſtellt:

> Die civilrechtlichen Anſprüche eines außerehelich gebornen Kindes gegen den Beihälter der Mutter ſind nach den Geſetzen des Orts, wo der betreffende Beiſchlaf verübt worden iſt, zu beurtheilen. Motive:

1) Es iſt ein gemeinrechtlicher, durch die in den bayeriſchen Kreiſen dieſſeits des Rheins beſtehenden Geſetze auch noch beſonders beſtätigter Rechtsſatz, daß Obligations-Verhältniſſe aus unerlaubten Handlungen nach den Geſetzen des Orts der Begehung beurtheilt werden ſollen, und die Verordnung vom 11 Juni 1816 (Reg.-Bl. 1816 S. 387), welche dieſen Rechtsſatz auch bezüglich der von Militärperſonen verübten unerlaubten Handlungen anzuwenden vorſchreibt, ſpricht im Art. 1 sub Nr. 3 wörtlich aus, daß hinſichtlich der civilrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung die Geſetze des Orts, wo ſie begangen wurde, in Anwendung zu bringen ſeyen.

2) Hiernach müſſen die Anſprüche, welche von Seite eines im außerehelichen Beiſchlaf erzeugten Kindes aus dieſer Handlung gegen den Beihälter der Mutter desſelben auf Verabreichung von Alimentationsbeiträgen, auf Anerkennung der Vaterſchaft, auf Anerkennung eines Erbrechts u. ſ. w. erhoben werden, nach den Geſetzen des Orts, wo der betreffende Beiſchlaf verübt worden iſt, beurtheilt werden; denn

3) der außereheliche Beiſchlaf iſt eine unerlaubte Handlung; dieß wurde von dieſſeitigem Gerichtshofe ſchon in den Motiven

Digitized by Google

zu dem Plenarbeschlusse vom 23 Juni 1841, betr. die Einrede der mehreren Zuhälter (Reg.-Bl. 1841 S. 636), ausgesprochen, und wird hier nur beigefügt, daß dem außerehelichen Beischlafe diese Eigenschaft in allen bayerischen Gebietstheilen diesseits des Rheins, gleichviel ob dieselben der Herrschaft der gemeinrechtlichen, der bayerischen oder preußischen oder welch' sonstigen Civilgesetze unterworfen sind, anklebt, indem er, wenn auch nicht Gegenstand eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbotes, doch überall den verbotenen Handlungen gleichgestellt ist.

4) Da es sich nun bei den oben bezeichneten, von Seite des außerehelich geborenen Kindes erhobenen Ansprüchen auch lediglich von den civilrechtlichen Folgen des betreffenden außerehelichen Beischlafes, sohin von den Folgen einer unerlaubten That handelt, so sind hiermit alle jene Voraussetzungen gegeben, bei deren Vorhandenseyn laut der oben sub Nr. 1 erwähnten Bestimmungen den Gerichten die Anwendung der Gesetze des Orts, wo die betreffende That begangen wurde, rechtlich geboten ist.

5) Der in neuerer Zeit vielfach hiegegen ausgesprochenen Ansicht, daß dem außerehelichen Kinde gegenüber eine unerlaubte Handlung des Zuhälters sich nicht annehmen lasse, und der Grund der dießfallsigen Obligation nur in dem Verwandtschaftsverhältnisse zu finden sey, kann nicht beigetreten werden. Dieser Auffassung steht nicht nur die Erwägung entgegen, daß nach den Bestimmungen der oben allegirten Civilgesetze die Verbindlichkeit des Zuhälters, dem Kinde Alimentations-Beiträge zu leisten, auch selbst dann fortbesteht, wenn die Einrede des außerehelichen Geschlechts-Umganges der Mutter mit andern Mannspersonen während der gesetzlich entscheidenden Zeit zur Gewißheit gebracht ist, sonach die Vaterschaft und demnach auch ein Verwandtschaftsverhältniß gar nicht angenommen werden kann; sondern es spricht gegen diese Ansicht insbesondere auch der überwiegende Grund, daß der außereheliche Beischlaf und die dabei erwirkte Zeugung des Kindes lediglich als eine und dieselbe Handlung sich darstellt, welche als eine unerlaubte, und auch dem Kinde in ihren Folgen gewöhnlich sehr nachtheilige, die ausschließliche Quelle der fraglichen Ansprüche des Kindes bildet.

Digitized by Google

Da nun nach der Eingangs allegirten Legislation in den dießrheinischen Provinzen des Königreichs eine unerlaubte Handlung nach den Gesetzen des Orts, wo sie begangen wurde, zu beurtheilen kömmt, der außereheliche Beischlaf aber in diese Kategorie fällt, so war die vorwürfige Frage, wie geschehen, zu entscheiden.

Bayer. Regier.-Bl. 1855 S. 678 f.

248.

Beachtung ausländischen Rechts, durch Bezugnahme darauf von Seite einer Partei bedingt?

Vgl. Bd. 8 Nr. 85.

In beiden Vorinstanzen hatte Kläger seine Rechtsverfolgung, betr. die Erfüllung eines im Auslande geschlossenen Vertrags, auf das inländische Recht gestützt, ohne sich auf das ausländische zu berufen. Seine Anrufung desselben im Wege des Cassationsrecurses hatte keinen Erfolg. „Wenn auch im allgemeinen das Gericht an die Rechtsausführungen der streitenden Theile nicht gebunden ist, vielmehr das Gesetz selbständig anzuwenden hat, so gilt dieser Grundsatz doch nur vom inländischen Rechte, nicht vom ausländischen, welches der Richter ignoriren darf."

Erk. des OAG. zu Darmstadt, als Cassationshofs für die Provinz Rheinhessen, v. 20 Dec. 1853 (Kittel w. Gastell und Harig). (Bopp.)

Anders erkannte in einer Frankfurter Sache der oberste Gerichtshof für die freien Städte:

Es kommt, was die Einrede der laesio enormis betrifft, nicht auf das Frankfurtische, sondern auf das in Großheubach (als dem auswärtigen locus contractus) geltende Recht an ..... Dagegen kommt nicht in Betracht, daß die Parteien dieß überall nicht geltend gemacht haben. Denn da sie es ohne Zweifel nur aus Irrthum unterlassen haben, so steht daraus eine stillschweigende Unterwerfung unter das Frankfurter Recht nicht zu folgen. Arg. fr. 15 de jurisdict. (2, 1); fr. 2 pr. de judiciis (5, 1).

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 30 Januar 1850. Frankfurter Samml. von Römer (Boselli) Bd. 2 S. 235.

249.

Unterbrechung der Klagverjährung. Ob durch Kündigung?

Gegen die auf Räumung einer Meierstelle gerichtete Klage hatten die Beklagten die Einrede der Verjährung von 30 Jahren vorgeschützt, und dieser war wieder die Replik der Unterbrechung entgegengesetzt, welche durch eine geschehene Kündigung erfolgt seyn sollte, wogegen aber in den Motiven des OAGE. bemerkt wird:

Eben so wenig ist die Kündigung von 1829 für eine gehörige Unterbrechung der Verjährung zu achten, da sie eine bloß außergerichtliche war, eine solche jedoch nur im Nothfall genügt,

C. 2 de annali exc. (7, 40)

hier aber kein Nothfall vorhanden war.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 14 März 1840 in der Brem. S. Stellmann w. Stellmann. (Hei.)

250.

Lauf der Verjährungszeit bei der Eigenthumsklage. Unterbrechung durch Klagstellung. Abweisung in der angebrachten Art.

Vgl. die folgende Nr.

Aus den einer oberstrichterlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Erwägungen entnehmen wir folgende Sätze:

1) Zum Beginne der Verjährung der Eigenthumsklage ist Wissenschaft des Eigenthümers von der Besitzergreifung des Gegenstandes seines Eigenthums von Seiten eines andern ebensowenig erforderlich, als der Umstand, daß derselbe dem Besitzer abgefordert und von demselben die Herausgabe verweigert wurde.

Digitized by Google

Nach der Natur der Verjährung und dem ihr unterliegenden Grunde kommt es hierauf nicht an.

C. 12 de praesc. long. temp. (7, 33).

2) In dem bloßen Umstand, daß eine Sache sich im Gewahrsam eines Dritten befindet, liegt kein die Rechte des Eigenthümers verletzender Besitz, also kein Grund zur Aufforderung, sein Recht durch Klage zu wahren; es bleibt demnach actio nondum nata" . . . .[1])

3) Nach C. 3 de annali exc. (7, 40) soll jede bei dem zuständigen Gerichte erhobene, wenn auch in irgend einer Hinsicht mangelhafte Klage, sobald sie nur auf das streitige Recht sich bezieht und dem Beklagten zugestellt worden, eine Unterbrechung der Verjährung bewirken. Der Grund ist darin zu finden, daß aus der Anstellung einer solchen Klage doch immer so viel hervorgeht, der Berechtigte sey zur Erhaltung seiner Rechte thätig gewesen.

Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1 §. 124; Schweppe, R. PrR. 4te Aufl. §. 174.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 21 Jan. 1852 in der zu Nr. 38 bezeichneten Sache. (Bopp.)

251.

Ueber die Unterbrechung der Klagverjährung durch die Anstellung einer in angebrachter Maße abgewiesenen Klage[1*]).

Vgl. Bd. 5 Nr. 137; Bd. 6 Nr. 133; Bd. 9 Nr. 250.

Der Kläger war mit seiner ersten, im Juli 1849 angestellten, auf den ganzen von dem Beklagten gekauften Hof gerichteten Retractklage mittelst Erk. vom 20 Mai 1851 in ange-

1) Vgl. Savigny, System Bd. 5 S. 581 f.

1*) Vergl. Bayer's Vorträge über den gem. ordentl. Civilproceß ed. VII. pag. 314 sub III Martin's bürgerl. Proceß (11te Aufl.) §. 152. S. 262. Unterholzner's Verjährungslehre Bd. I. §. 124 u. 125 (namentl. II. 3 u. 4), Savigny's System. Bd. V. §. 242 u. 243 namentl. S. 322.

Digitized by Google

brachter Maße rechtskräftig zurückgewiesen. Er erhob nun sofort eine neue, der rechtskräftigen Entscheidung entsprechende (d. h. nur bestimmte, speciell bezeichnete Grundstücke des fragl. Hofes bezielende und lediglich event. für den Fall des etwaigen Verlangens des Käufers, den ganzen Hof umfassende) Klage, welcher indessen der Beklagte die Einrede der Verjährung (von Jahr und Tag), und zwar mit dem besten Erfolge, entgegensetzte. Die fragliche Einrede, welche der Kläger namentlich durch Berufung auf C. 3 de ann. exc. (7, 40) und auf C. 16 de inoff. test. (3,28) als verwerflich darzustellen suchte, wurde nämlich in allen Instanzen für begründet erkannt.

Die in höchster Instanz als völlig zutreffend bezeichneten Entscheidungsgründe des zuständigen Mittelgerichts waren folgende:

„Die gegenwärtige Retractklage ist vom Kläger zugestandenermaßen erst nach Ablauf der Verjährungsfrist angestellt worden. Durch Anstellung einer andern Klage — als welche die im Juli 1849 angestellte Retractklage schon um deßwillen angesehen werden muß, da solche nicht bloß auf einen andern Gegenstand gerichtet, sondern auch rechtskräftig als unbegründet zurückgewiesen ist — konnte aber eine Unterbrechung der Verjährungsfrist nicht erfolgen. Auch kann in dieser Beziehung die in der const. 3 de ann. exc. (7, 40) gegebene Bestimmung

daß, wenn unter denselben Personen mehrere Rechtsverhältnisse streitig sind, und der Klaglibell es ungewiß läßt, welches er zum Gegenstande habe, die Unterbrechung für alle Klagen gelten solle — hier nicht zur Anwendung kommen, weil die erwähnte frühere Klage bestimmt und unzweifelhaft auf den Beispruch des ganzen Hofes, nicht etwa eventuell auf die dazu gehörigen einzelnen Grundstücke gerichtet war."

Erk. des OAG. zu Celle vom 14 Mai 1855 in S. Claus Grothmann zu Bützfleth wider Claus Witt daselbst wegen Beispruchs.

252.

Unterbrechung der unvordenklichen Verjährung.

Zur Unterbrechung der unvordenklichen Verjährung gehört, daß der factische Zustand, auf welchen man sich zu ihrer Begründung stützt, innerhalb Menschengedenkens einmal aufgehört habe; bloße Protestationen, Ladungen oder über die Rechtmäßigkeit des Besitzes eingeleitete Rechtsstreite haben für sich allein jene Unterbrechung nicht zur Folge.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 27 Sept. 1831 (Frhr. v. Holzhausen w. Gemeinde Ostheim.) (Bopp.)

253.

Eine verjährte Forderung eignet sich nicht zur Compensation.

Nach der vom Oberappellationsgerichte zu Dresden constant befolgten Meinung erlischt durch die Extinctivverjährung nicht bloß die Klage, sondern das Recht selbst dergestalt, daß es auch nicht mehr durch Exceptionen und Compensation geltend gemacht werden kann. Es beruht diese Meinung im wesentlichen darauf, daß, wie von

Löhr, Einiges zur Lehre von der Klagenverjährung im Archiv für civilistische Praxis Bd. 10 pag. 70 flg. unter Nr. 3

gezeigt worden ist, in einer großen Zahl von Gesetzen als Folge der Klagverjährung die Beendigung des Klagrechtes durch eine peremtorische Exception angegeben wird, und nur derjenige creditor genannt werden kann, dem keine peremtorische Exception entgegensteht; dagegen aber derjenige, welcher, wie dieß bei der Verjährung der Fall ist, durch eine solche Einrede abgewiesen werden kann, dergestalt seines Rechtes verlustig wird, daß nicht bloß die aus Irrthum geleisteten Zahlungen und gegebenen Versprechen condicirt werden können, sondern auch die Compensation und der Gebrauch des vernichteten Rechtes im Wege der Exceptio hinwegfällt, ja sogar das Recht nicht weiter zur Grundlage accessorischer Geschäfte tauglich ist. Hiergegen wird nun zwar

Digitized by Google

häufig der Einwand gemacht, daß, wenn auch die Klage verjährt sey, doch das ihr zu Grunde liegende Recht als obligatio naturalis fortbestehe, daß aber die obligatio naturalis überhaupt, daher auch eine solche, deren Klagbarkeit durch Verjährung erloschen sey, zur Compensation sich eigne. Dieser Einwand erledigt sich jedoch, weil der Grundsatz, daß auch noch nach eingetretener Verjährung eine Naturalobligation übrig bleibe, ganz unnachweislich ist, indem namentlich die dafür angeführten Beweisstellen:

C. 2 de luition. pignor. (8, 31) und C. 7 §. 1 de praescr. XXX vel XL. annor. (7, 39)

hierzu ganz ungeeignet sind.

Für die oben angegebene Meinung spricht übrigens auch der Zweck der Extinctivverjährung, welcher darin besteht, den Schuldner gegen die Ansprüche des Gläubigers zu schützen, ingleichen die Fassung der von

v. Löhr, a. a. O. pag. 76 flg.

angeführten Quellenausdrücke.

Gewöhnlich wird die vorstehend vertheidigte Theorie durch Beziehung auf den Satz bestritten, daß sich die Gegenforderungen ohne alle Thätigkeit der Interessenten unmittelbar in Folge des Rechts selbst im Momente ihrer Coexistenz aufheben. Hiergegen ist nun aber folgendes zu bemerken: Zuvörderst liegt auf der Hand, daß, wenn selbst jener Satz richtig wäre, daraus immer noch nicht gefolgert werden könnte, daß eine Forderung, welche bereits verjährt ist, gegen eine andere Forderung compensirt werden könnte, welche erst nach Vollendung der erlöschenden Verjährung der ersteren entstanden ist. Höchstens ließe sich annehmen, daß bloß auf den Augenblick des Zusammentreffens beider Forderungen zu sehen wäre, und es nur darauf ankommen könnte, ob in diesem Augenblicke die eine oder andere Forderung bereits durch Verjährung erloschen wäre.

Indessen auch selbst abgesehen hievon, kann jener Satz nicht für richtig angesehen werden. Denn die Aufhebung der beiderseitigen Ansprüche, als Folge des gleichzeitigen Vorhandenseyns gegenwärtiger Ansprüche und Gegenansprüche, tritt nicht schon durch das bloße Zusammentreffen von dergleichen Ansprüchen,

Digitized by Google

sondern erst durch einen besonderen Act, sey es durch Uebereinkunft der Interessenten, sey es durch einseitige Geltendmachung gegen die Klage des Gläubigers durch den Schuldner, in Wirksamkeit.

Hasse, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7 pag. 156 fig.
Bangerow, Lehrb. Bd. I §. 151.
Puchta, Pandekten §. 290.
Erk. des OAG. zu Dresden vom Januar 1855. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle. Jhrg. 1855. Nr. 43 S. 344.

254.

Die Todeserklärung eines Verschollenen begründet keine Vermuthung, daß er bis zum Eintritte derselben gelebt habe.

Vgl. Bd. 1 Nr. 160; Bd. 3 Nr. 298; Bd. 5 Nr. 31; Bd. 7 Nr. 356.

Die Kläger, welche sich als Intestaterben des seit 1789 verschollenen, im J. 1831 für todt erklärten Carsten Wittke ausgewiesen, machten dessen Erbanspruch an dem Nachlasse der im J. 1820 verstorbenen, unverehel. Ayecke für sich geltend, indem sie von den Beklagten denjenigen Erbantheil der Ayecke'schen Nachlassenschaft jure transmissionis ex capite rest. in integrum forderten, welcher dem Carsten Wittke — da dieser im gleichen Grade mit der Erblasserin Ayecke verwandt gewesen, wie die Beklagten — auf den Fall zugefallen wäre, daß er die ꝛc. Ayecke überlebt und die Erbschaft angetreten haben würde. Dieser Erbantheil war nämlich in Folge deßfalls bereits früher stattgehabten Verfahrens den Beklagten erga cautionem de event. restituendo überwiesen.

Das Untergericht legte den Klägern zur Begründung ihres Anspruchs den Beweis auf:

daß Carsten Wittke die unverehel. Ayecke überlebt habe, jedoch durch unüberwindliche Hindernisse und factische Unmöglichkeiten abgehalten sey, den ihm zugefallenen Erbantheil der Ayeckeschen Nachlassenschaft anzutreten.

Digitized by Google

Diese Entscheidung wurde in allen Instanzen bestätigt, indem namentlich oberstrichterlich ausgesprochen wurde:

In dem an und für sich unbezweifelten Thatumstande, daß der ꝛc. Wittke zur Zeit des Ablebens der Ayecke das 70ste Lebensjahr noch nicht erreicht gehabt hat, und daß dessen Leben oder Tod derzeit ungewiß gewesen ist, ist noch keineswegs der Beweis des zum Fundamente der Klage mitgehörenden Thatumstandes zu befinden, daß der Carsten Wittke die unverehel. Ayecke überlebt habe. [1])

Erk. des OAG. zu Celle vom 15 Oct. 1833. (Hbf.)

255.

Gemeindesachen. Besitzstörung in Ansehung gemeiner Wege.

Der Casernenhof zu Biebrich war von den Einwohnern als gemeiner Weg benutzt worden. Die Sperrung desselben veranlaßte die Gemeinde, gegen h. Staatsministerium wegen Besitzstörung klagbar zu werden. Aus den Motiven der vom Civilsenat des Hof- und Appellationsgerichts zu Wiesbaden am 7 Jänner 1851 erlassenen Entscheidung entnehmen wir was folgt:

1) Im vorliegenden Falle, wo es sich um den Besitz einer Wegegerechtigkeit, also um die Berechtigung zu einer Handlung streitet, die sich nur mittelbar auf ein anderes Grundstück bezieht, genügt die Behauptung der Klägerin, der offene Casernenplatz sey von ihr, der klagenden Gemeinde, durch ihre Mitglieder dazu benützt worden, um über denselben gehend aus den darauf stoßen-

---

1) Von demselben Grundsatze ist das OAG. zu Celle auch bei früheren Entscheidungen ausgegangen; vgl. Strube's rechtl. Bedenken Bd. III Bed. 104. (Ausgabe von Spangenberg I. 9). Bülow's und Hagemanns prakt. Erört. Bd. V. Erört. 48. (S. dagegen die V, 31 mitgetheilte spätere Entsch. desselben höchsten Gerichts.) Uebereinstimmend auch: Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Jahrg. 19. (1854) Nr. 2 ff. „Ueber den Anfall einer Erbschaft an Verschollene."

Digitized by Google

den Ortsstraßen auf die gegenüberliegenden zu gelangen, zur Bezeichnung des herrschenden Grundstücks.

2) In der Natur von dergleichen Gerechtigkeiten liegt es, daß sie nicht von der juristischen Person der Gemeinde selbst, als Rechtssubject, ausgeübt werden, sondern von den einzelnen, sie bildenden Individuen, jedoch nicht aus einem sie persönlich angehenden Titel, sondern vermöge ihrer Eigenschaft als Glieder der Gemeinde, diese letztere aber nach feststehender Rechtsprechung ermächtigt ist, solche Rechte durch ihre gesetzlichen Vertreter processualisch zu verfolgen.

vgl. Seuffert's Archiv Bd. 1 S. 1 u. 151.

Pfeiffer, prakt. Ausführungen VIII S. 197 u. 212.

3) Unrichtig wäre die Auffassung, als müßten sämmtliche Gemeindeglieder in der fraglichen Zeit den Casernenhof überschritten haben, um den Besitz der Wegegerechtigkeit zu erwerben, indem dieß nach der Natur der Sache nicht verlangt werden kann, vielmehr die Nachweisung genügend ist, daß von der fraglichen Wegegerechtigkeit unter Umständen Gebrauch gemacht worden ist, welche den Schluß auf die Ausübung der Gerechtsame als eines Rechts der die universitas Bildenden nach richterlichem Ermessen zulassen u. s. w.

Dieß Decret wurde durch Decret des h. Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden vom 8 Juni 1852 bestätigt. (Lo.)

256.

Gemeindesachen. Die Gemeinde als Vertreterin der Gemeindeglieder in Schäfereiprocessen.

Die Gebrüder Zahn hatten im J. 1841 gegen die Gemeinde Reilingen das Schafweiderecht auf alle in deren Gemarkung gelegenen Grundstücke geltend gemacht, und solches unter andern auf rechtskräftige Urtheile aus früheren Jahren gegründet. Die Gemeinde Reilingen bestritt damals, daß ihr die Befugniß zustehe, in dem, lediglich eine privatrechtliche Dienstbarkeit der einzelnen Grundstücke ihrer Gemarkung betreffenden Rechtsstreit die Eigen-

Digitized by Google

thümer derselben zu vertreten; sie drang jedoch mit dieser Beanstandung nicht durch, wurde vielmehr durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 18 Juni 1845 für schuldig erkannt, das angesprochene Schafweiderecht „auf allen in der Gemarkung liegenden Güterstücken" zu gestatten. Zu den in der Gemarkung Begüterten gehört der großherzogl. Domänenfiscus; er besitzt einen District derselben, welcher früher Wald gewesen war, in den Jahren 1843 — 45 aber in Wiesen umgewandelt wurde. Als die Gebrüder Zahn anfiengen, auch auf diesen ihr Weiderecht auszuüben, erhob der großh. Fiscus eine Negatorienklage gegen sie. Er bestritt den ihm entgegengehaltenen früheren Urtheilen jede Wirkung gegen die einzelnen Güterbesitzer, indem solche nicht diesen, sondern der Gemeinde gegenüber ergangen seyen, letztere aber nicht berechtigt gewesen sey, einen Proceß darüber zu führen, ob auf einem Grundstücke der Gemarkung eine privatrechtliche Dienstbarkeit zu Gunsten eines Dritten hafte. Die Klage wurde jedoch auf Grund der früheren Urtheile in allen Instanzen abgewiesen.

Bei dem deßfallsigen oberhofgerichtlichen Urtheile glaubte man den bei der Entscheidung vom 18 Juni 1845 eingenommenen Standpunkt um so mehr aufrecht erhalten zu müssen, weil er durch die geschichtliche Entstehung der deutschen Dorfgemeinden wesentlich unterstützt werde. „Diese haben sich theils aus Genossenschaften, theils aus der Vereinigung der Besitzer großer Höfe, theils aus dem gutsherrlichen Verhältniß u. s. w., überall aber unter dem Einfluß eines genossenschaftlichen, die Corporation gegenüber dem Einzelnen möglichst begünstigenden Geistes gebildet, wodurch dem Gemeindeverband in Deutschland eine weit größere politische und privatrechtliche Bedeutung, und namentlich der Gesammtheit eine weit größere Einwirkung auf die gemeinschaftlichen Interessen der Gemeinde-Angehörigen, sowohl in Beziehung auf die persönlichen Rechte und Pflichten der Einzelnen als in Beziehung auf die in der Gemarkung befindlichen Liegenschaften verliehen worden ist, wie dieß in andern Ländern geschah — ein Verhältniß, welches sich auch nach Einführung des römischen

Digitized by Google

Rechts forterhielt, obwohl dieses andere Begriffe über universitas und jura singulorum aufstellte." [1])

Die vorerwähnte geschichtliche Thatsache ist von um so größerer Bedeutung, da sie in ihren Grundzügen auch staatsrechtlich dahin anerkannt ist, [2]) daß die Befugniß zur Besorgung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Gemarkungsgenossen, namentlich in Bezug auf den Gebrauch und die Benutzung der Liegenschaften in dem markherrlichen Rechte der Gemeinde enthalten, und demzufolge neben der auf diese Weise begründeten Einmarkungs- und Vertretungsbefugniß der Gemeinde hinsichtlich der Gesammtheit der Gemarkungsliegenschaften besondere Litisconsortien der Eigenthümer zu gleichen Zwecken nicht zulässig seyn sollen.

An diesem öffentlich rechtlichen, weil die Stellung der Gemeinde zu den Grundeigenthümern ihrer Gemarkung regelnden Verhältniß, welches nicht nur die hierländischen Gerichtshöfe stets anerkannt haben, sondern welches auch in den Ländern des gemeinen Rechts, wie früher, so jetzt noch seine Geltung behauptet [3]), vermögen die landrechtlichen Bestimmungen über die im Eigenthum enthaltenen civilrechtlichen Befugnisse an sich schon, aber auch insbesondere darum nichts zu ändern, weil im wesentlichen die gleichen civilrechtlichen Grundsätze im römischen Recht gelten, unter dessen Herrschaft, wie angeführt, die fragliche Vertretungsbefugniß Jahrhunderte hindurch bestand. . . . .

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim v. 23 Dec. 1852 Jahrbücher N. F. Jahrg. XIII. S. 319 f.

---

1) Bezugnahme auf Mittermaier, deutsch. PrR. 7 Aufl. §§. 120, 121.
2) Bezugnahme auf das zweite (bad.) Constitutionsedict (Eingang vgl. mit §§. 2 u. 4.)
3) Bezugnahme auf unser Archiv Bd. 1 S. 1, 151 u. 324; Bd. 2 S. 330. Vgl. auch Bd. 6 Nr. 309, Bd. 7 Nr. 2.

Digitized by Google

257.

Klage auf Anerkennung des Rechts zu Gemeinde-Nutzungen.

Vgl. Bd. 3 Nr. 304, 305, 306; Bd. 6 Nr. 319; Bd. 7 Nr. 298 [1]); Bd. 8 Nr. 247.

Der in Winkel wohnende F. Liesem, Bürger zu Limbach, hatte gegen die Gemeinde Limbach wegen verweigerter Gemeindenutzungen eine Klage erhoben, und die Bitte gestellt, die genannte Gemeinde schuldig zu erkennen, dem Kläger gegenüber das Recht zum Bezug aller Gemeindenutzungen von dem Jahr 1849 an (nach Erlaß des einschlagenden Gemeindegesetzes) zuzugestehen, sich die Liquidation der Nutzungen in einer späteren Klage vorbehaltend. Das Erkenntniß des h. Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden vom 10 August 1852 wies die Klage wie angebracht ab, „weil das Gemeindegesetz vom 12 December 1848 die in Anspruch genommenen Berechtigungen einem auswärts wohnenden Gemeindebürger, insofern er zur Erfüllung seiner gemeindebürgerlichen Obliegenheiten einen Stellvertreter dem Ortsvorstande bezeichnet (was vom Kläger geschehen war), bereits zuspricht und ein Urtheil, welches nur diese gesetzliche Bestimmung, ohne Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung, wozu die vorliegende Klage keinen Stoff bietet, enthält, als ein nur das Gesetz anerkennendes Judicat völlig überflüssig seyn würde." (Lo.)

258.

Ueber den Begriff eines öffentlichen Flusses. Widerstreit des Ausspruchs von Sachverständigen mit gesetzlichen Normen.

Es kam in Frage, ob ein mit der Elbe in Verbindung stehendes Gewässer, durch welches ein angeblich die Schifffahrt und die Abwässerung von den benachbarten Grundstücken hinderndes oder erschwerendes Stackwerk gelegt war, als öffent-

1) In Bd. 8 S. 342 Zeile 8 v. u. statt „351" lies „298."

Digitized by Google

licher Fluß zu betrachten sey. Das OAG. zu Celle nahm, in Uebereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Gerichte, den beßfallsigen, den Klägern obgelegenen Beweis als erbracht an,

„weil sich nach dem Ergebnisse der Augenscheinseinnahme und den Aussagen der Zeugen mit völliger Gewißheit herausgestellt habe, daß die betreffende Strecke durch die in der Elbe eintretende Fluth regelmäßig unter Wasser gesetzt werde, gesetzlichen Bestimmungen zufolge [1]) aber angenommen werden müsse, daß die auf solche Weise wiederkehrend unter Wasser gesetzte Strecke, solange dieser factische Zustand fortdauere, zum Flußgebiete, hier der Elbe, gehöre, mithin wie diese selbst als ein öffentlicher Fluß sich darstelle.

Auch komme in dieser Hinsicht der Ausspruch der (wasserbaukundigen) Sachverständigen — welche sich gegen die Qualität eines öffentlichen Flusses erklären zu müssen geglaubt — nicht in Betracht. Durch einen Ausspruch derselben könne nämlich die in Folge der gesetzlichen Vorschriften anzunehmende Auffassung und Beurtheilung der Rechtsverhältnisse nicht abgeändert und beseitigt werden. Auch könne das abgegebene Gutachten um so weniger maßgebend seyn, als nach den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen bis zum Zeitpunkte der Anlegung des Stackwerks die Schifffahrt durch die fragliche Vertiefung in ihrer ganzen Ausdehnung und bis in die Elbe selbst ausgeübt worden sey, mithin dem gedachten Theile des Stromes auch schon dieserhalb die Eigenschaft eines öffentlichen Flusses zugesprochen werden müsse."

Erk. vom 26 Jan. 1855 in S. F. v. Borstel u. Gen. wider den Stackmeister Spreckels. (Hdf.)

259.

Nutzungsbefugnisse in Bezug auf gemeinschaftliche Gewässer.

Die Beklagten hatten einen, den Anliegern gemeinschaftlichen

1) Vergl. fr. 1 §. 5; fr. 1 §. 3 de fluminibus, ne quid in flumine publ. (43, 12).

Digitized by Google

Bach behufs Bewässerung ihrer angränzenden Wiesen in früherer Zeit zugestandener und unbestrittenermaßen mittelst s. g. Bülten (Erdaufwürfe) gestaut, später aber darin eine andere Stauanlage durch Herrichtung eines s. g. Schüttes (Stauschleuße) getroffen. Der Kläger behauptete, daß durch diese neue Anlage eine stärkere Stauung, als bisher, veranlaßt, und daß dadurch namentlich seine oberhalb von den Grundstücken der Beklagten belegenen Wiesen übermäßig und in einer für sie nachtheiligen Weise überstaut würden. Er beantragte deßhalb, die Beklagten zur Wegräumung der neuen Anlage ꝛc. zu verurtheilen.

Die Beklagten läugneten die stärkere Stauung und behaupteten daneben, ein unbeschränktes Staurecht, ohne Rücksicht auf eine etwaige Benachtheiligung dritter Anlieger, durch Verjährung erworben zu haben.

Unterrichterlich wurde (abgesehen von der behaupteten Verjährung) angenommen,

daß das den Beklagten an dem gemeinschaftlichen Bache zustehende Mitbenutzungsrecht von ihnen nur in dem Umfange ausgeübt werden dürfe, daß dadurch den übrigen Mitinteressenten kein Nachtheil entstehe. Hiervon ausgehend wurde in der fraglichen Beziehung den Beklagten der Beweis auferlegt, daß durch das von ihnen angelegte Schütt keine stärkere Stauung veranlaßt werde, als durch das frühere Stauen mit Bülten.

Diese Beweisauflage wurde in zweiter Instanz bestätigt, „indem die Einrede der Beklagten, daß ihnen das Recht, mittelst Bülten zu stauen, zustehe, keines Beweises weiter bedürfe, diese Einrede jedoch sie vor einer Verurtheilung nicht würde schützen können, wenn sie nicht daneben angeführt hätten, daß sie durch die Errichtung und Benutzung der fraglichen Stauschleuße nur in den Gränzen ihres (bisherigen, in so weit von dem Kläger nicht bestrittenen) Staurechts geblieben seyen."

Dagegen entschied das höchste Landesgericht: „Es leidet keinen Zweifel, daß die Beklagten, vermöge des bei gemeinschaftlichen Gewässern allen anliegenden Grundbesitzern zustehenden Mitbenutzungsrechtes, an und für sich befugt sind, den in Frage stehenden Bach zur Bewässerung ihrer Wiesen zu

Digitized by Google

benutzen. Diese Benutzung stellt sich nur dann als unerlaubt dar, wenn dadurch entweder den unterliegenden Grundbesitzern das Wasser durch Ableitung entzogen [1]), oder dasselbe den oberhalb liegenden Grundbesitzern, wie es rücksichtlich des Klägers der Fall seyn soll, durch Zurückstauen wieder zugeführt wird [2]). Diesemnach kann die Wiesenbewässerung von Seiten der Beklagten durch Stauung, mag diese, wie früher, durch Bülten oder durch das vor einigen Jahren angelegte Schütt geschehen, nur dann den Kläger zu einer Klage auf Hinwegräumung des angelegten Schüttes berechtigen, wenn derselbe seinen Klagegrund dahin beweiset,

daß und in welcher Maße die Wiesenbewässerung durch das angebrachte Schüttwerk ein Zurückstauen des Wassers für seine oberhalb belegenen Wiesen bewirkt.

Dagegen können die Beklagten nicht für verpflichtet angesehen werden, zu beweisen, daß durch das angelegte Schütt keine stärkere Stauung veranlaßt werde, als früher durch Bülten, zumal die stärkere Stauung an sich nicht entscheidet."

Erk. des OAG. zu Celle v. 15 Juni 1840 in S. Börger w. Chr. Döscher und den Gastwirth Seedorf, wegen einer Stauschleuße. (Hdf.)

---

1) Anderer Meinung
Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Bd. III S. 349 ff.; dagegen stimmen mit den hier dargelegten Grundsätzen überein:
Bülows und Hagemanns Erörter. Bd. I Erört. 3 §. 4; Mittermaiers deutsches P.-Recht. Bd. I §. 222 b.; Schwab, die Conflicte der Wasserfahrt auf den Flüssen (Beilageheft zum Bd. XXX des Archivs für civ. Praxis) §§. 20—25.

2) Vgl. unser Arch. Bd. 7 Nr. 280.

260.

Actio negatoria **in Bezug auf mittelbare Eingriffe in die Freiheit des Eigenthums. (Erwirkung administrativer Verfügungen.) Umfang und Voraussetzungen der *act. neg.* — Verpflichtung zur Unterhaltung der Ufer bei öffentlichen Flüssen.**

Vgl. Bd. 1 Nr. 2.

In einem Rechtsstreite zwischen den Anliegern der sogenannten neuen Oste — einer in den Siebenzigerjahren des vorigen Jahrhunderts auf Kosten der Regierung begradigten Strecke des schiffbaren Osteflusses — und der hannover'schen Wasserbaudirection war in erster Instanz die von den bezeichneten Adjacenten erhobene actio negatoria zurückgewiesen,

weil kraft eines Gewohnheitsrechts den angränzenden Grundeigenthümern die Pflicht obliege, die Ufer eines öffentlichen Flusses in der Art zu befestigen, daß eine der Schifffahrt hinderliche Versandung in Folge Abbruchs nicht eintreten könne, und weil die Uebernahme der Last von Seite der beklagten königl. Wasserbaudirection factisch nicht begründet sey.

Von einer ganz andern Auffassung gieng die nachfolgende höchstrichterliche Entscheidung aus.

„Diejenige Verfügung der betreffenden Verwaltungsbehörde, wodurch den Klägern als Besitzern der an der neuen Oste belegenen Grundstücke die Herstellung der fraglichen Uferbauten auferlegt worden, ist durch den Antrag der Beklagten veranlaßt. In der rechtswidrigen Erwirkung dieser Verfügung liegt die Aufbürdung einer Reallast und damit auch ein Eingriff in die Freiheit der klägerischen Grundstücke, welcher die Kläger berechtigt, mittelst der actio negatoria nicht nur auf Anerkennung der Freiheit ihrer Grundstücke von der prätendirten Last, sondern auch auf Ersatz des durch den Eingriff in dieselbe verursachten Schadens zu klagen. Dem entspricht der Klagantrag völlig, indem namentlich auch der in Folge der administrativen Verfügungen behufs Herrichtung der Uferwerke verursachte Kostenaufwand als ein durch den Eingriff in die Freiheit des klägerischen Eigenthums veranlaßter und deßhalb zu er-

Digitized by Google

stattender Schaden erscheint. Auch wird zur Begründung der Negatorienklage weder erfordert, daß der angeblich widerrechtliche Eingriff Namens eines bestimmten fundi dominantis erfolge, noch daß der Beklagte zur Tragung der dem klägerischen Eigenthümer angesonnenen Last verpflichtet sey. Ebenso wenig kann es bei dem erhobenen Entschädigungsanspruche auf eine culpa der Beklagten ankommen.

Nach der für die Freiheit des Eigenthums streitenden Präsumtion muß nun aber obgedachte Klage so lange für begründet erachtet werden, als nicht von der Beklagten nachgewiesen wird, daß den klägerischen Grundstücken die angesonnene Last, sey es nun kraft gesetzlicher Bestimmung oder in Folge eines andern Grundes, obliege.

In dieser Beziehung beruht die beklagtische Intention lediglich auf dem Rechtssatze, daß bei öffentlichen Flüssen den Anliegern die Uferlast obliege.

Dieser Satz kann jedoch in der Allgemeinheit, in welcher allein er im vorliegenden Falle durchschlagend seyn würde, als richtig nicht anerkannt werden.

Nach allgemeinen Rechtsprincipien steht nämlich eine Verpflichtung des Anliegers eines öffentlichen Flusses zur Bestreitung der Uferbefestigungskosten nur in so fern zu begründen, als dieselbe eine Selbstfolge der Ausübung des Rechts ist, die Ufer im eigenen Interesse zu befestigen, und der Anlieger von keinem andern die Befestigung der Ufer in seinem Interesse beanspruchen kann.

Auch kann, wenn gleich sowohl bei Ausübung dieses Rechts als auch abgesehen davon die Adjacenten der dem Staate zustehenden Flußpolizei unterworfen sind, weder aus diesem Oberaufsichtsrechte des Staats, noch aus dem Uferbefestigungsrechte der Adjacenten eine Verpflichtung der letzteren abgeleitet werden, wider ihren Willen lediglich im öffentlichen Interesse Vorkehrungen zur Uferbefestigung zu treffen, wenn nicht etwa rechtliche oder ähnliche Verhältnisse, von denen gegenwärtig nicht die Rede, etwas anderes mit sich bringen.

Daneben kann aber auch die gewohnheitsrechtliche

Digitized by Google

Geltung jenes Satzes in der oben hervorgehobenen Allgemeinheit, welche jedenfalls annoch zu erweisen seyn würde, in diesem Rechtsstreite — aus näher angegebenen processualischen Gründen — keine Berücksichtigung finden.

Diesem nach ist beklagtischerseits ein hinreichender Rechtsgrund „für die den klägerischen Grundstücken aufgebürdete Uferlast nicht angeführt und folgeweise dem Klagantrage (gerichtet auf Anerkennung der Freiheit von der gedachten Last und Entschädigung, in specie Ersatz des bereits gemachten Kostenaufwandes) stattzugeben."

Erk. des OAG. zu Celle (2ter Senat) vom 26 April 1855 in S. des Schmiedemeisters Thies u. Cons. zu Bremervörde w. königl. Direction des Wasserbaues zu Hannover, wegen Uferbefestigung. (Hdf.)

261.

Vom Widerrufe einer gerichtlichen Erklärung wegen Irrthums.

Es ist zwar richtig, daß eine Partei eine von ihr abgegebene verbindliche Erklärung nicht schon darum zu widerrufen berechtigt ist, wenn sie beweist, daß sie sich bei deren Abgabe im Irrthum befunden habe, sondern hierzu wird auch noch außerdem Entschuldbarkeit des Irrthums vorausgesetzt. Indessen folgt hieraus nicht, daß die betreffende Partei die Entschuldbarkeit des behaupteten Irrthums durch Angabe besonderer factischer Momente zu begründen und diese zu beweisen habe. Die unendliche Mannigfaltigkeit nämlich der in stetem Wechsel begriffenen Thatsachen zu kennen, kann schon an sich niemanden zugemuthet werden. Es reicht hin, wenn er nur diejenigen kennt, welche auf seine eigene Rechtssphäre Bezug haben, und auch hier darf bei ihm ohne weiteres nur Kenntniß derjenigen vorausgesetzt werden, welche von ihm ausgegangen sind. Außerdem kann man von ihm bloß verlangen, daß er da, wo er selbständig auftretend Rechte verfolgen oder neu begründen will, sich bemüht, Aufschluß über diejenigen thatsächlichen Momente zu erhalten, welche auf die

Digitized by Google

Bedeutung und den Erfolg seiner Handlung Einfluß äußern könnten.

Fr. 42; fr. 19 de reg. jur.

In allen diesen Beziehungen gilt es aber schon als genügend, wenn er nur dasjenige Maß von Umsicht und Sorgfalt beobachtet hat, welches von einem nicht gerade sorglosen Menschen erwartet wird.

Fr. 6 de jur. et fact. ignorant. (22, 6); fr. 3 §. 1; fr. 9 §. 2 eod. fr. 19 in f. de novation. (46, 2).

Beruft sich daher jemand auf einen thatsächlichen Irrthum, auf die Unkenntniß einer Thatsache, und war dieselbe nicht ausnahmsweise von der Art, daß deren Kenntniß von ihm gefordert werden durfte, so streitet die Präsumtion immer dafür, daß sein Irrthum Entschuldigung verdiene. Und behauptet sein Gegner dessen Unentschuldbarkeit, so muß er um so mehr den Beweis dieser seiner Behauptung übernehmen, als in der Beschaffenheit eines solchen Irrthums für sich allein kein Grund liegt, eine grobe Nachlässigkeit des Irrenden vorauszusetzen.

Erk. des OAG. zu Dresden v. Januar 1855. Wochenblatt f. merkw. Rf. Jahrgang 1852. Nr. 43 S. 343.

262.

Convalescenz ungültiger Acte. Anfechtung eigener Handlungen, insbesondere Vereinbarungen, von einem Gemeinschuldner während des Debitverfahrens eingegangen, nach dessen Wiederaufhebung von Jenem selbst oder seinem Rechtsnachfolger angefochten.

Vgl. Bd. 6 Nr. 8, 142.

In Beurtheilung einer solchen Anfechtung sagen die Motive eines OAGE.:

„Es ist nicht wesentlich, ob die Vereinbarung vor dem an Heistermann erlassenen mandatum de non alienando vom 9 Juli 1834, oder erst nachher während des Debitverfahrens stattgefunden hat, da H . . . . durch das Decret des Obergerichts vom 8 October 1836 rehabilitirt worden ist. Denn hier ist der

Grundsatz analogisch anzuwenden, daß eine Verfügung, welche jemand über eine ihm nicht gehörige Sache getroffen hat, convalescirt, wenn er nachher das Eigenthum derselben erwirbt;

fr. 41 de pign. act. (13, 7); fr. 1 pr. de pignorib. (20, 1); fr. 42 de usurpat. et usucap. (41, 3); Const. 5 si aliena res pign. dat. (8, 16);

und wenn auch eine erst nach ergangenem mandatum de non alienando getroffene Vereinbarung ursprünglich in fraudem creditorum geschlossen seyn sollte, dieß doch, nachdem H . . . wieder in den Besitz und die Verwaltung seines Vermögens eingetreten war, ihn nicht ermächtigen konnte, sein eigenes factum anzufechten."

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 15 März 1841, in der Brem. S. Heistermann, nun F. als eingewiesener Gläubiger wider Schünemanns Erben. (Hei.)

263.

Wer vom Landesherrn erwirbt, ist gesichert.

Vgl. Bd. 5 Nr. 108, 109.

In einer Rechtssache war geltend gemacht worden, die Vorschrift der C. 2, 3 de quadr. praescr. (7, 37) sey nur auf solche Veräußerungen zu beziehen, welche von Seite der darin aufgeführten Personen (dem Fiscus, dem Regenten und dessen Gemahlin) an dritte *nicht privilegirte* Personen geschehen, nicht aber auf Veräußerungen jener privilegirten Personen unter sich, z. B. vom Regenten an den Fiscus. Es wurde indessen angenommen, daß es dieser Unterscheidung an einem Rechtfertigungsgrund gebreche. Aus der Betrachtung der C. 3 cit. gehe mit Klarheit hervor, daß jenes Privilegium in unbeschränkter Weise eingeräumt, daß die Verleihung an keine Voraussetzung geknüpft, weder in Absicht auf den Gegenstand des Erwerbs, noch auf die Person des Erwerbers ein Unterschied gemacht worden. Ebenso wenig Erfolg hatte der Versuch, die Anwendung

Digitized by Google

obiger Gesetzstellen auf Fälle unbedingter Veräußerungen zu beschränken.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 21 Jan. 1852 in der oben zu Nr. 38 bezeichneten Sache. (Bopp.)

264.

Die Area eines Hauses unter Mehreren reell getheilt. Recht an Schirnen (Fleischbänken.)

In dem Hause Lit. M. Nr. 179 zu Frankfurt befinden sich zu ebener Erde zwei Schirnen (Fleischbänke), die eine (mit 179 a bezeichnet) dem Eigenthümer des Hauses, A., die andere (179 b) dem B. gehörig. In einem Rechtsstreite zwischen A. und B., die hier obwaltenden Realverhältnisse angehend, kam es zur Erörterung der Frage, ob dem B. an der Schirne 179 b, deren Ueberbau wie ein darunter befindlicher Kellerraum unbestrittene Bestandtheile des dem A. gehörigen Hauses, das Eigenthumsrecht zustehe. Aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob man hier (bei der in Verträgen unter den Betheiligten und in Erkenntnissen vorkommenden Bezeichnungen des dem B. an seinem Schirnenraum zustehenden Rechts als Eigenthum) an Eigenthum im vollen Sinne und Umfange des römischen dominium zu denken habe. So viel darf jedenfalls als feststehend angesehen werden, daß das Recht des B. nicht etwa ein Recht an der Sache des A. ist, ihm vielmehr über den Grund und Boden der Schirne 179 b eine selbständige, von dem Eigenthumsrechte des A. am Hause Nr. 179 durchaus unabhängige, rechtliche Herrschaft zusteht. Hierauf weisen

1) schon die allgemeinen, hinsichtlich der Schirnen in Frankfurt bestehenden Rechtsverhältnisse hin. Denn die Schirnengerechtigkeiten, obgleich an den Besitz bestimmter Localitäten geknüpft, die fast nie ein ganzes Haus umfassen, sondern deren

Digitized by Google

sich durchschnittlich mehrere unter einem und demselben Hause befinden,

Franck, Topogr. Ueberblick der St. Frankfurt. S. 85.

werden doch durchaus als selbständige, den liegenden Gütern zuzurechnende Rechtsobjecte behandelt, die in den öffentlichen Büchern eigene Bezeichnungen führen; deren Veräußerung und Verpfändung unabhängig von dem Rechte am Hause selbst, in dem sie sich befinden, stattfindet, über welche Währschaft geleistet wird,

Franck, Uebersicht des Hypothekenwesens zu Frankfurt §. 12 und 114 Anm.
Souchay, Anmerk. zur Frankf. Reform. I. S. 152,

und von denen gleiche Abgaben, wie von Häusern, bezahlt werden. Dem entspricht

2) auch der Inhalt der Verträge von . . . . . , in welchen . . . . . gesagt ist, daß diese Schirne „eigenen Grund und Boden" habe, resp. „Grund und Boden" eigenthümlich dazu gehöre . . . . . Endlich kann auch

3) gegen die Annahme, daß dem B. über seinen Schirnenraum eine nach den Grundsätzen des Eigenthums zu beurtheilende selbständige Herrschaft zustehe, nicht geltend gemacht werden, daß sich die Schirne M. 179 b nur als ein Theil des Hauses M. 179 darstelle, welches doch als ein Ganzes in dem Eigenthum des A. stehe. Es braucht hier nicht näher untersucht zu werden, ob, wie dieß neuerdings von einem namhaften Rechtsgelehrten verfochten worden ist,

Bluntschli, deutsches Priv.-Recht I. §. 57 S. 249

nach deutscher Rechtsanschauung, abweichend von der römischen, es für unbedingt möglich zu halten ist, daß verschiedene Stockwerke oder Wohnungen eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben. Vorliegend ist die Frage nur die, ob dem B. ein Theil der, mit nur einem Hause überbauten Area eigenthümlich zustehen könne, während der übrige Theil derselben, sowie der Ueberbau und theilweise auch der unter der Schirne des B. befindliche Keller dem A. zugehört; und diese Frage muß bejaht werden. Mag man sich die Entstehung des gegenwärtigen Verhältnisses so zu denken haben, daß auf der Fläche, die jetzt die Grundfläche des Hauses M. 179 bildet, ursprünglich zwei Schirnen sich

Digitized by Google

befunden haben, die später mit einem Hause überbaut worden sind, oder so, daß nachdem die area bereits überbaut war, das Erdgeschoß zum Zwecke der Anlage einer zweiten Schirne getheilt worden ist; in beiden Fällen handelt es sich nur darum: einerseits daß eine Grundfläche, die äußerlich allerdings als ein Ganzes sich darstellt, nach reellen Theilen unter verschiedene Eigenthümer getheilt sey, was schon nach den Grundsätzen des röm. Rechts für rechtlich möglich gehalten werden muß,

fr. 6 §. 1 commun. praed. (8, 4); fr. 26 de acquir. poss. (42,2);

und andererseits, daß der Eigenthümer des einen Theils der Grundfläche (179 b) als eine Beschränkung seines Eigenthums es dulden muß, daß über und beziehungsweise unter seiner area der Eigenthümer des andern Theils zu seinem Hause gehörige Räume habe. . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 20 März 1855. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 3 S. 60 f.

265.

Ersitzung zufolge putativen Titels.

Vgl. Bd. 2 Nr. 138.

Im weiteren Verlaufe der aus Bd. 9 Nr. 38 ersichtlichen Rechtssache war bei Beurtheilung der klägerischen Vindication nach den Umständen anzunehmen, der Beklagte habe guten Grund gehabt, zu glauben, die fraglichen Manuscripte im Kloster Wedinghausen hätten diesem oder dem Capitel in der Hauptstadt des Herzogthums Westphalen (Arnsberg) gehört. Hieraus wurde gefolgert, der etwaige Irrthum des Beklagten hinsichtlich der Eigenthumsverhältnisse erscheine als ein gerechtfertigter factischer, also als ein in Bezug auf den Erwerbstitel unschädlicher, so daß ein Fall vorliege, in welchem der putative Titel die Stelle eines wirklichen vertrete.

Erk des OAG. zu Darmstadt v. 21 Jan. 1852.

(Bopp.)

Digitized by Google

266.

Dreijährige Ersitzung beweglicher Sachen von Kirchen.

Unter Bezugnahme auf Vangerow's Leitfaden Bd. 1 S. 512 wurde in einer Rechtssache von der Klägerin der Satz aufgestellt: auch Mobilien der Kirche würden nur durch vierzigjährige Verjährung erworben. Diesem Satze steht aber das dafür angezogene

cap. 4 X. de praescript. (2, 26)

nicht zur Seite, indem sich dieses nur auf die erlöschende Verjährung bezieht, und bestimmt, daß der Ablauf von vierzig Jahren erforderlich sey, weil Kirchen gegenüber der Ablauf von dreißig Jahren nicht genüge. Die gedachte Stelle von Vangerow's Leitfaden beruht auf einer unrichtigen Lesart (triennalem" statt tricennalem), und wurde vom Verf. selbst in der neuesten (VI.) Ausgabe (S. 661) in der Art berichtigt, daß der Satz:

„durch das canon. R. ist dieß aber auch auf bewegliche Sachen der Kirchen ausgedehnt"

weggestrichen ist. — In der Doctrin ist man auch im Hinblick auf Nov. 111 und 131 cap. 6 darüber einig, daß das Privilegium der Kirchen, kraft dessen gegen sie nur in 40 J. ersessen werden kann, sich auf Immobilien beschränke, und es in Bezug auf Mobiliar bei der Regel (der dreijährigen Ersitzung) bleibe.

Savigny, System Bd. 5 S. 354 f.; Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 1 §§. 40—44.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 21 Jan. 1852 in der oben zu Nr. 38 bezeichneten Sache. (Bopp.)

267.

Dingliche Klage wegen Verletzung ohne Bestreitung des Rechts. Jagdrecht.

In der Klage ward angeführt: dem Kläger als Besitzer des adeligen Guts S. stehe das Jagdrecht auf den Feldern des

Digitized by Google

Meierhofes St. zu. Dieses Recht habe der Beklagte dadurch verletzt, daß er durch mehrere namhaft gemachte, ihm untergebene Personen jene Felder wiederholt mit Schießgewehren habe betreten und daselbst auch schießen lassen, wenn Kläger gleich nicht bestimmt wisse, ob scharf oder nur mit bloßem Pulver geschossen worden sey. Kläger beantragte daher das Erkenntniß, daß Beklagter schuldig sey, sich bei Vermeidung einer namhaften Brüche für die Zukunft aller Beeinträchtigung des dem Kläger auf den erwähnten Feldern zustehenden Jagdrechts zu enthalten u. s. w. Das schleswig'sche Landgericht wies die erhobene Klage als unbegründet ab, weil Kläger nicht behauptet habe, daß die ihm auf den erwähnten Feldern zustehende Jagdgerechtigkeit im allgemeinen von dem Beklagten bestritten sey, die von ihm behaupteten angeblichen Störungen seines Jagdrechts daher auch nur eine Klage auf Schadensersatz und etwaige Bestrafung der Contravenienten oder die Beantragung einer polizeilichen Verfügung gegen künftige Störungen, nicht aber einen auf ein gerichtliches Verbot solcher Handlungen gerichteten Antrag motiviren könnten. Das OAG. in Kiel aber erkannte abändernd auf Beweis, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Die angestellte Klage, welche ihrem Zwecke nach weder auf Schadensersatz, noch auf Bestrafung der angeblichen Contraventionen, sondern wie jede dingliche Klage, auf Anerkennung und gerichtlichen Schutz des angeblich verletzten Realrechtes gerichtet ist, erscheint durch die angeführten Thatsachen an sich völlig begründet, weil der Kläger, nach der dinglichen Natur des ihm zustehenden Jagdrechts, falls dieses durch rechtswidrige Eingriffe eines Dritten verletzt worden, nicht nur Schadensersatz und etwaige Bestrafung der verletzenden Handlungen zu fordern, sondern auch, wie durch die vorliegende Klage geschehen, zum Zwecke der Anerkennung und ungeschmälerten Aufrechthaltung seines gestörten Rechts die richterliche Hülfe in Anspruch zu nehmen befugt war. Auch liegt in der den Besitzern der schleswig-holsteinischen adeligen Güter verfassungsmäßig zustehenden und gesetzlich anerkannten Jagdgerechtigkeit die Befugniß, einem jeden Dritten sowohl alles Schießen, wenn auch nur mit bloßem Pulver innerhalb

Digitized by Google

seiner Wildbahn als auch das Betreten derselben mit einem Schießgewehr zu verbieten.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 15 Juni 1842. (P.)

268.

Rechtsmittel, dem einen Gemeinschafts-Theilhaber gegen Anmaßungen des andern zustehend. *Actio communi dividundo.* Partielle *rei vindicatio.* *Actio prohibitoria.*

Karl August T. besaß mit Maria Sophia St. in der Stadt S. ein Haus. Zu demselben gehören unter andern zwei Keller, in welche von dem Hausplatze des Wohnhauses zwei Eingänge führen, die mit Fallthüren versehen sind. Ueber die Benutzung dieser Keller entstand nun unter den beiden Hauseigenthümern Streit; indem Maria Sophia St. im October 1852 zuerst die Fallthüre des einen Kellers mit einem Vorlegschlosse versperrte und den Schlüssel zu sich nahm, später dann in dem andern Keller einen Verschlag bauen ließ, und den Schlüssel zu der an demselben angebrachten Thüre ebenfalls in ihren Gewahrsam brachte. Dadurch fand sich Karl August T. in seinem Rechte beeinträchtigt, und verlangte in einer beim Stadtgerichte zu S. angebrachten Klage neben Ersatz für den ihm durch die bisherige Gebrauchsentziehung der beiden Keller zugegangenen Schaden für die Zukunft unbehinderte Mitbenutzung der erwähnten Keller. — Bei der Entscheidung des so entstandenen Processes handelte es sich um die rechtliche Natur der von T. erhobenen Klage. In der Beantwortung dieser Frage giengen (die in ihren Erkenntnissen übrigens divergirenden) beiden ersten Instanzen von der Ansicht aus, die hier vorgebrachte Klage sey als eine actio communi dividundo aufzufassen; diese nämlich sey geeignet die Theilung und Regulirung des Benutzungsrechtes an einer im ungetheilten Eigenthume mehrerer Personen befindlichen Sache herbeizuführen.

Gegen diese Annahme erklärte sich der oberste Gerichtshof

Digitized by Google

und ließ sich bei seiner Entscheidung von folgenden Erwägungen leiten:

Es ist zu bezweifeln, ob das von den früheren Instanzen bezogene fr. 7 §. 10 commun. div. (10, 3) sowie fr. 10 §. 1 eod., welche von der Vertheilung eines gemeinschaftlichen usus oder ususfructus reden, sowie die sonst noch in diesem Pandektentitel über den Gebrauch der actio communi dividundo zum Behufe der Theilung bereits percipirter Früchte und Nutzungen enthaltenen Vorschriften überhaupt eine analoge Anwendung auf die künftige Benutzung einer im gemeinschaftlichen Eigenthume befindlichen Sache rechtfertigen, und ob, um Differenzen welche in dieser letzteren Hinsicht zwischen den Eigenthümern sich ergeben, zu beseitigen, eine Vertheilung der gemeinschaftlichen Sache dergestalt, daß einem jeden ein gleich erträglicher und räumlich bestimmter Theil angewiesen wird, durch richterliche Dazwischenkunft angeordnet werden kann. Eine solche richterliche Maßnahme ist jetzt, und insbesondere in der Klage, noch gar nicht verlangt worden, vielmehr hat sich der Kläger nur darauf bezogen, daß er aus dem Besitze des zu dem gemeinschaftlichen Hause gehörigen beiden Keller von der Beklagten verdrängt, und somit an deren Benutzung verhindert worden sey. Sein Gesuch geht auch nur dahin, daß ihm kraft seines Miteigenthumsrechtes die fernere Mitbenutzung gewährt und er vor weiteren Störungen darin gesichert werde. Die gegenwärtige Klage ist deßhalb nicht sowohl als eine auf Theilung des Gemeinguts gerichtete actio communi dividundo, sondern vielmehr aus dem Gesichtspunkte einer theilweisen Vindication zu betrachten, zu deren Begründung das dem Kläger zuständige Miteigenthum an dem fraglichen Grundstücke und die behauptete Ausschließung desselben von dem Besitze und der Benutzung einzelner zum gemeinschaftlichen Gebrauche geeigneter Theile dieses Grundstückes genügte. Demgemäß erkannte das OAG., daß Beklagte sich künftighin jeder Störung Klägers in der Mitbenutzung der erwähnten Keller — zu enthalten und den ihm durch die bisherige Beeinträchtigung entstandenen Schaden zu ersetzen habe.

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Dresden vom Juli 1854.

Ein auf nochmalige Prüfung ergangenes weiteres Erkenntniß desselben obersten Gerichtshofes vom December 1854 trat der dargelegten Entscheidung in allen Punkten bestätigend bei.

Wochenblatt f. merkw. Rflle. Jahrgang 1855. Nr. 8 S. 59.

In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung einer ähnlichen Sache wurde geäußert:

Bei der Rechtsgemeinschaft gilt der Grundsatz, daß kein Theilhaber ohne Zustimmung der übrigen eine Verfügung über das Ganze treffen, oder überhaupt in Bezug auf den Gegenstand der Gemeinschaft irgend etwas vornehmen darf, was den andern Mitberechtigten zum Nachtheile gereicht.

Fr. 28 commun. divid. (10, 3); [1] fr. 11 si servit. vind. (8,5)[2].

Aus letzterer Gesetzesstelle wird der Satz abgeleitet, daß die actio negatoria, welche (hier) einige auch als actio prohibitoria [3] bezeichnen, unter Mitberechtigten stattfinde.

---

1) »In re communi neminem dominorum jure facere quicquam altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse: *in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.*«

2) »An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris jure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, jus sibi esse aedificare? et an socii cum eo ita agere possint, *jus sibi prohibendi esse*, vel illi jus aedificandi non esse? et si aedificatum jam sit, num possint cum eo ita experiri, jus illi non esse, ita aedificatum habere? quaeritur. Et magis dici potest, *prohibendi potius*, quam faciendi esse jus socio, quia magis ille, qui facere conatur, ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si, quasi solus dominus, ad suum arbitrium uti jure communi velit.«

3) Allerdings dient schon die actio negatoria dazu, die dem Eigenthümer gegen Eingriffe und Anmaßungen anderer zustehende Verbietungsbefugniß (jus prohibendi) geltend zu machen, und diese Richtung der genannten Klage kann sich ebenso gut äußern, wenn ein Miteigenthümer über Eingriffe Klage führt, durch welche sein Mitbenutzungsrecht von dem andern Eigenthums-Theilhaber benachtheiligt wird. Aber es hat jenes jus prohibendi im Verhältnisse mehrerer Gemeinschaftsgenossen zu einander noch

Digitized by Google

Vgl. Bangerow, Lehrb. Anst. VI. §. 353 Bd. I. S. 876.
Erk. des OAG. zu München v. 20 April 1852. Nr. 1321; 48/49. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 17 S. 231.

269.

Von dem Rechte der Ueberfahrt über einen fremden bestellten Acker.

Die Befugniß, über ein bestelltes Grundstück zu fahren, hat die Regel gegen sich und bedarf einer besonderen Begründung. Indessen wird dabei vorausgesetzt, daß, wenn das Vorhandenseyn einer Servitut im allgemeinen erwiesen ist, die Bebauung des dienenden Grundstücks nicht ungehörig, sondern der bestehenden Feldordnung gemäß erfolge. Daß ungehörig und der Feldordnung zuwider bebaut sey, hat der Servitutberechtigte nachzuweisen.

Beschl. des OAG. zu Cassel v. 21 Febr. 1846 (8735).
Heuser, Annalen. Jahrgang II. S. 298.

270.

Befriedigung des Vorhypothekargläubigers von Seiten des Pfandschuldners nach einer durch letzteren vorgenommenen Pfandveräußerung. Einfluß auf die Rechte der spätern Pfandgläubiger.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wird mitgetheilt:

---

eine eigenthümliche Bedeutung, ausgeprägt in dem Satze: in re communi melior est causa prohibentis. Gerade für Fälle solcher Art mag sich das Bedürfniß einer besonderen Klagformel (formula prohibitoria — vgl. Keller, röm. Civilproceß §. 28 S. 118) fühlbar gemacht haben, und wenn man heutzutage zur Ausprägung der obwaltenden Besonderheit das in den Dresdener Erkenntnissen als „partielle Vindication" bezeichnete Klagerecht »actio prohibitoria« nennt, so hat man nicht nur das Schol. des Stephanus ad Basil. XVI. 6. 5 (Zachariä in der Ztschrft. f. gesch. RW. XII S. 258 f.), sondern auch die Maxime für sich: für sachliche Besonderheiten gehören auch besondere Namen. S.

Digitized by Google

Das Pfandrecht der spätern Pfandgläubiger erlischt allerdings bei einer durch den Pfandschuldner vorgenommenen Veräußerung der Pfandobjecte, wenn der Käufer der letzteren mit dem Kaufpreise — nach erfolgter Uebereinkunft — den ersten Pfandgläubiger abfindet.

Const. 3 de his, qui in priorum creditorum locum succedunt (8, 19);

Sintenis, Pfandrecht S. 657 f.; Bachofen das röm. Pfandrecht Nr. XVII §. 11 S. 582.

Gleichgültig ist es ferner, ob diese Befriedigung des frühern Pfandgläubigers unmittelbar durch den Pfandkäufer oder durch eine Mittelsperson, einen Geschäftsführer desselben u. s. w. geschieht. Dem steht aber der Fall nicht gleich, wenn der Pfandschuldner zuvor aus eigenen Mitteln den Vorhypothekargläubiger befriedigt, und nachher die Kaufsumme von dem Käufer der veräußerten Pfandobjecte sich bezahlen läßt. Im Gefolg einer solchen Befriedigung des ersten Pfandgläubigers und mit dem Momente derselben gelangt vielmehr wegen des hiedurch bewirkten Wegfallens des ersten Pfandgläubigers das Pfandrecht der spätern Gläubiger zur vollen Geltung. — In einer derartigen Befriedigung des ersten Pfandgläubigers von Seiten des Pfandschuldners, welcher hiedurch nur eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt, kann weder an sich eine negotiorum gestio für den Pfandkäufer gefunden werden, noch vermag eine solche negotiorum gestio durch eine Handlung, wie sie hier in Frage steht, überhaupt ausgeführt zu werden. Die entgegengesetzte Theorie würde dahin führen, daß es in Fällen der vorliegenden Art in der Willkür und Macht des Pfandschuldners läge, im Verein mit dem Pfandkäufer Nachhypotheken ganz wirkungslos zu machen.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 22 Sept. 1854, mitgetheilt in Elvers, Schäffer, Hoffmann und Seitz, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 452 f.

Digitized by Google

271.

Hypothekübergang an den für den Schuldner Zahlenden. ***Beneficium cedendarum actionum.***

Hoppenberg hatte an Lampe eine hypothekarische Darlehensforderung; nach seinem Ableben wurde Lampe von dem H.'schen Nachlaß-Curator wegen Bezahlung gedrängt; Zeidler trat ein, befriedigte unter Verbürgung von Arens und Consorten den Curator und erhielt dagegen Cession der Rechte des befriedigten Curators. Als indessen Zeidler die Bürgen auf Erstattung des Ausgelegten in Anspruch nahm, machten diese das beneficium cedendarum actionum geltend, behauptend: Zeidler habe das Geld nicht dem Nachlaß-Curator, sondern dem Lampe selbst gegeben und dieser habe den Curator bezahlt; durch welchen Zahlungsact die Forderung des Curators und mit ihr die Hypothek erloschen sey, so daß sie nicht mehr an Zeidler habe cedirt werden können, und sich folglich auch nicht mehr an sie, die zu dieser Cession berechtigten Bürgen, cediren lasse. Daraus ergebe sich ihre Befreiung von der Bürgschaft.

Dieser Einwand wurde indessen mit der ersten und gegen die zweite in dritter Instanz verworfen und in den Entscheidungsgründen u. a. bemerkt:

„Es ist jedenfalls einerlei, an wen die Zahlung geschehen ist, wenn sie nur unter der Bedingung geschah, daß dagegen die Cession erfolgen solle,

fr. 76 de solut. (46, 3) vgl. mit
fr. 36 de fidejuss. (46, 1);

und auch darauf kam nichts an, mit wem die deßfallsige Abrede getroffen ward, ob mit dem Creditor (dem Nachlaß-Curator) oder mit dem Debitor Lampe, indem es, um in die hypothekarischen Rechte des befriedigten Creditors einzutreten, gar nicht einmal eines Vertrags mit diesem, sondern nur eines Vertrags mit Lampe bedurfte, daß er den Hoppenberg'schen Curator bezahlen, und dagegen der Kläger die Hypothek desselben in Anspruch zu nehmen haben solle.

Fr. 3 init. quae res pign. (20, 3);

Digitized by Google

fr. 12 §. 8 qui pot. in pign. (20, 4);
const. 1 de his qui in prior. (8, 19).
Erk. des OAG. zu Lübeck vom 21 Juli 1840 in der Brem. S. Zeidler w. Arens u. Conf. (Hei.)

272.

Zwei *correi debendi*. Der Eine vom Gläubiger beerbt.

Wenn auch von zwei correi debendi der eine vom Gläubiger beerbt wird, so bleibt gleichwohl ungeachtet der ihm gegenüber eingetretenen confusio die Forderung auf das Ganze gegen den andern correus bestehen.

Fr. 71 pr. de fidejuss. (46, 1).

Allein dieser Grundsatz leidet dann eine Ausnahme, und die Forderung wird pro rata des verstorbenen und vom Gläubiger beerbten correus indirect aufgehoben, wenn die correi in einem solchen Verhältnisse zueinander stehen, daß der, welcher das Ganze geleistet hat, von dem andern pro rata Ersatz fordern kann, in welchem Verhältnisse insbesondere Ehegatten in Beziehung auf Eheschulden stehen. Weil der Gläubiger als Erbe des Verstorbenen die Hälfte des Empfangenen seinem Ehegenossen oder sonstigem Gesellschafter doch wieder erstatten müßte, kann er von demselben nur die Hälfte der Schuld einfordern [1]). Ist aber der Gläubiger nur Beneficialerbe des einen correus geworden, und hat aus dessen Nachlaß weniger als den Betrag jener Hälfte erhalten, so braucht er sich vom Gesammtbetrag der Forderung nicht mehr kürzen zu lassen, als ihm der Nachlaß des verstorbenen correus ertragen hat.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 22 Januar 1853. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 3 S. 4 f.

1) Vgl. Bangerow Leitfaden Bd. 3 §. 573 S. 80.

273.

Kann der Schadenserſatz-Pflichtige dem Berechtigten den Gewinn aufrechnen, welchen dieſer in Folge der beſchädigenden Unterlaſſung durch poſitives Thun hätte machen können?

In einem Pachtvertrage hatte A. dem B. verſprochen, bei dem Ablaufe den Pacht im Winterfelde 40 Morgen mit Korn, und 20 Morgen mit Weizen (unentgeltlich) beſaamt zurückzuliefern. A. war jedoch dieſer Verbindlichkeit nicht vollſtändig nachgekommen, indem er nur eine geringere Morgenzahl und dieſe nicht gehörig beſtellt hatte, weßhalb B. Schadenserſatz zu 701 fl. 30 kr. verlangte. A. ſchützte dagegen vor, daß der zu wenig beſaamte Flächengehalt dem B. in dem Sommerfelde zu gut gekommen ſey; dieſer habe die fehlende Morgenzahl mit Sommerfrucht beſtellt, oder habe ſie doch damit beſtellen können; er dürfe den deßfallſigen Betrag mit 100 fl. in Abzug bringen, weil er nur den Schaden zu erſetzen habe, welcher ſich als eine von B. nicht zu vermeidende Folge ſeiner Unterlaſſung darſtelle.

In der dritten Inſtanz wurde jedoch dieſer Einwand, in Beziehung auf das „mit Sommerfrucht beſtellen können," für verwerflich erklärt. Denn nach dem Pachtvertrage habe der Pachter die Verpflichtung gehabt, die beſtimmte Morgenzahl gehörig beſaamt zurückzuliefern. Durch die Unterlaſſung dieſer Verbindlichkeit allein ſey ſchon die Schadenserſatz-Verpflichtung begründet worden. Wenn auch dem Verpachter die Möglichkeit gegeben geweſen ſey, das nicht beſaamte Land in anderer Weiſe zu benutzen, ſo ſey er doch hierzu nicht verbunden geweſen; er habe durch poſitives Handeln zum Zwecke der theilweiſen Abwendung eines Schadens von A. nicht thätig zu ſeyn gebraucht. Es könne daher dem A. nur der Beweis der von B. in Abrede geſtellten Thatſache nachgelaſſen werden, daß die fragliche Morgenzahl von B. mit Sommerfrucht eingeſäet worden ſey, und ob und welchen reinen Gewinn derſelbe durch die hiervon gezogene Ernte erhalten habe.

Erk. des OAG. zu Darmſtadt vom 12 Mai 1855 lit. H. Conv. 35 in S. Hahn zu Kaichen gegen Ströbel. (Z.)

Digitized by Google

274.

Voraussetzungen eines verbindlichen Gelübdes (Pollicitation).

Die Patronen der Kirche zu Krummendeich hatten 1642 in einer unter ihnen getroffenen Verabredung, dem sogenannten Patronen-Bündniß, sich wechselseitig verpflichtet, für Herstellung der Baulichkeiten an Kirche, Pfarre und Küsterei ausschließlich zu sorgen. Es fragte sich, ob der Kirchengemeinde — die an und für sich, nach der fabrica ecclesiae, zur Tragung der fraglichen Last für verbunden erachtet worden, — aus dem gedachten Vertrage ein wirksames Recht erwachsen sey.

Das höchste Landesgericht entschied in dieser Hinsicht:

„Das Patronen-Bündniß vom Jahr 1642 stellt sich unzweifelhaft nur als eine, unter den Patronen selbst getroffene Uebereinkunft dar, und ist nicht zugleich als ein Vertrag mit der Gemeinde aufzufassen.

Ebensowenig kann sich auch aus dem Gesichtspunkte eines Gelübdes eine Verbindlichkeit der Paciscenten begründen, indem ein Gelübde im Rechtssinne ein der Kirche selbst oder der Kirchenanstalt geleistetes Versprechen voraussetzt, es aber an dieser Voraussetzung gänzlich ermangelt, wenn der Kirchengemeinde, also den Parochianen ein Versprechen geleistet seyn soll. Vielmehr kann in dieser Beziehung, da es für die Kirche als religiöse Anstalt gleichgültig erscheint, wer für die Unterhaltung zu sorgen hat, ob die Patronen oder die Parochianen, nur eine einfache *pollicitatio* in Frage kommen, wobei der regelmäßige Grundsatz anwendbar bleibt, daß einseitige Versprechen nicht verbinden."

Erk. des OAG. zu Celle v. 8 Juni 1855 in S. der Kirchen- und Schulgemeinde zu Krummendeich w. die Patrone der Kirche und Schule zu Krummendeich, wegen Schulbaulast.

(Hdf.)

Digitized by Google

275.

Auslobung (Stellung einer Preisaufgabe). Hinterlegung der ausgelobten Summe bei einer öffentlichen Behörde. Depositum oder Sequestration.

M. G. Seufferheld (zu Frankfurt) setzte im J. 1842 zwei Preise für vorzügliche Werke über Wesen und Stellung der protestantischen Kirche aus, (8000 fl. für ein wissenschaftliches, 2000 fl. für ein populäres Werk). Sieben bedeutende Theologen erließen deßhalb am 31 Oct. 1843 einen Aufruf an „die Freunde der evangelischen Kirche unter den Schriftstellern Deutschlands", in welchem nach näherer Angabe des Inhalts und Zwecks beider Werke die angeführten Preise bestimmt, dann in Betreff des Preisrichteramts kund gemacht wurde, daß es auf den Grund und nach Maßgabe von Gutachten, welche von den theologischen Facultäten Bonn, Göttingen und Jena einzuholen seyen, von den 7 unterzeichneten Comitémitgliedern ausgeübt werden solle; sollte eine nach dem Urtheile der Preisrichter vollkommen genügende Arbeit nicht vorliegen, so sollte ein weiterer Termin ausgeschrieben werden. Bis zum Monat November 1846 spätestens müßten die Preisschriften eingereicht seyn. Einstweilen aber werde die ausgesetzte Gesammtsumme in Frankfurter Obligationen bei dem dortigen Rechnei-Amte deponirt.

Bis zum Nov. 1846 giengen 10 Preisarbeiten ein; ein Gutachten in Betreff derselben wurde nur von der Facultät Bonn abgegeben, von den Facultäten Göttingen und Jena aber verweigert; es erfolgte kein Spruch der Preisrichter. Die Erben des Seufferheld klagten nunmehr gegen das Rechneiamt auf Rückgabe des Depositums, weil die Bedingungen der Auslobung ihres Erblassers unmöglich geworden seyen. In allen Instanzen wurde auf Abweisung der Klage in der angebrachten Art erkannt. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Erörterung der Frage, ob hier (im Hinblick auf die Natur der Auslobung) einfaches Depositum oder Sequestration anzunehmen sey:

Die vom Erblasser der Kläger geschehene Hinterlegung von

Digitized by Google

fl. 10,000 bei dem beklagten Rechneiamte ist kein einfaches depositum, sondern eine s. g. sequestratio voluntaria. Die Absicht des verstorbenen S. war auf eine solche sequestratio gerichtet. In dem in seinem Auftrage erlassenen öffentlichen Aufrufe heißt es, es werde die Gesammtsumme der ausgelobten Preise einstweilen bei dem Rechneiamte zu Frankfurt deponirt. Sinn und Absicht dieser Bestimmung kann kein anderer gewesen seyn, als die Preisbewerber sicher zu stellen gegen Weiterungen, bei inzwischen eintretendem Tode des Promittenten den Betrag der Preise von jedem seiner Erben pro rata einfordern zu müssen. Eine solche Sicherstellung hätte aber die Hinterlegung überall nicht gewährt, wenn der Promittent die deponirte Summe jederzeit hätte zurückziehen können. Folglich ist es als die Absicht des Promittenten anzunehmen, für den Fall, daß aus seiner Auslobung überall eine obligatio sich bilden sollte, den Preisbewerbern gegenüber der einseitigen Verfügung über das depositum zu Gunsten der den Preis Erlangenden sich zu entäußern, oder mit andern Worten: daß in diesem Falle das depositum die Natur einer sequestratio annehmen sollte.

Nun ist aber aus der Auslobung ein obligatorisches Verhältniß entstanden. Dazu genügt es nach heutigem Rechte, wo alle Verträge, in welcher Form sie auch eingegangen seyn mögen, eine civilis obligatio erzeugen, wenn das in der Auslobung liegende suspensiv-bedingte Versprechen von irgend jemand ausdrücklich oder factisch acceptirt wird;[1]) und eine solche Acceptation liegt im gegenwärtigen Falle jedenfalls darin, daß Preisbewerber aufgetreten sind und rechtzeitig ihre Preisarbeiten eingesandt haben. Dadurch haben diese auch die in dem Aufrufe verkündete Hinterlegung der Preissumme als eine zu ihrer Sicherstellung geschehene acceptirt, und so ist aus dem einfachen depositum eine sequestratio geworden.

Man kann nicht einwenden, die aus dem Rechte der Preisbewerber, mit denen das beklagte Rechneiamt in gar keinem obligatorischen Nexus stehe, hergenommene Einrede sey eine excep-

1) Bezugnahme auf v. Bülow, Abhandl. I S. 279.

tio de jure tertii. Denn indem der Senat auf Grund der Erklärung des Seufferheld über die Bestimmung der zu deponirenden Summe das Rechneiamt zur Annahme des Depositums ermächtigte, nahm er eben dadurch das Interesse der Preisbewerber wahr, und legte dem Rechneiamt diesen gegenüber Verpflichtungen auf.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Febr. 1852.[2]) Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 1 S. 253 f.

276.

Auslobung. Erlischt sie durch den Tod eines der Preisrichter?

In der aus Nr. 275 ersichtlichen Rechtssache kam es unter anderem in Frage: ob nicht nach Analogie des Grundsatzes, daß der Tod eines der ernannten Schiedsrichter die Erlöschung des Compromisses bewirke,[1]) anzunehmen sey, daß der vor dem Spruche erfolgte Tod eines der Preisrichter die fragliche Auslobung entkräftet habe? Diese Frage wurde verneint. „Der Anwendung des (vom Compromisse geltenden) Grundsatzes auf den vorliegenden Fall steht entgegen, daß es sich hier nicht von Entscheidung eines Rechtsstreites handelt, und daher die sogenannten Preisrichter nicht als eigentliche Schiedsrichter zu behandeln sind. Es kommt daher lediglich auf die Absicht des Auslobenden an. Diese aber kann namentlich deßhalb nicht füglich dahin gegangen seyn, daß alle Unterzeichner des Aufrufs bei der künftigen Entscheidung über die Preise concurriren sollen, weil die erste Auslobung nicht die letzte seyn, sondern wenn sie erfolglos bliebe, nach der Intention des Promittenten ein neuer Termin ausgeschrieben werden sollte, nun aber unmöglich anzunehmen stand, daß alle damaligen, theilweise schon hochbetagten Comitémitglieder diesen anderweiten Termin erleben würden. Jedenfalls constirt gar nicht wie die Preisbewerber, welche doch

2) Ein weiterer Auszug aus demselben OAG. findet sich in Bd. 5 Nr. 277 unseres Archivs.

1) Vgl. hierüber den Auszug aus demselben OAGE. in Bd. 5 Nr. 283

Digitized by Google

vorzugsweise dabei interessirt sind, die betreffende Bestimmung aufgefaßt haben, und ob sie nicht gesonnen sind, sich dem Ausspruche der noch übrigen Preisrichter zu unterwerfen. . . .[2])

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Febr. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 1 S. 258 f.

277.

Entschädigungsanspruch wegen Mangelhaftigkeit der Waare. Einwand aus der Unterlassung rechtzeitiger Benachrichtigung. Handel auf Besicht oder Probe.

Vgl. Bd. 2 Nr. 169, 274; Bd. 4 Nr. 78; Bd. 5 Nr. 119; Bd. 6 Nr. 27; Bd. 8 Nr. 39.

In der oberstrichterlichen Beurtheilung einer Rechtssache wurde von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Wenn man auch im allgemeinen die Regel aufstellen kann, daß jeder Käufer verpflichtet sey, die Waaren bei deren Ueberlieferung zu besichtigen, und im Fall des Befundes, daß sie nicht die bedungene Güte oder nicht die Eigenschaft des Kaufmanns gutes haben, den Verkäufer hievon rechtzeitig zu benachrichtigen, so kann doch in der Nichterfüllung dieser Verpflichtung zunächst nur ein Verzicht auf die Forderung der Zurücknahme der Waaren, nicht aber unbedingt ein Verzicht auf den Anspruch auf Preisminderung gefunden werden. Eine sofortige Untersuchung ist auch namentlich im Großhandel oft unthunlich, weil die Waaren in der Verpackung häufig sogleich weiter verhandelt werden. War jedoch der Kauf auf Besicht oder Probe abgeschlossen, mithin die Perfection des Vertrages von einer Prüfung und Billigung der Waare abhängig, dann kann nach Annahme der Waare durchaus kein Einwand mehr gegen dieselbe erhoben werden.

---

2) In Ansehung des Umstandes der Begutachtungs-Ablehnung von Seite der Facultäten Göttingen und Jena war bemerkt: Dieser Umstand würde freilich sehr erheblich seyn. Allein . . . . diese Schwierigkeit dürfe nach einem neueren Actenstück als gehoben betrachtet werden.

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 25 April 1855 (Schmits und Kuhn zu Köln w. Noll zu Gießen Nr. jud. 37.

(Z.)

278.

Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Hypotheken beim Kaufe cessirt, wenn dem Käufer die Hypotheken bekannt waren.

War dem Käufer zur Zeit des Abschlusses des Kaufcontracts bekannt, daß auf dem Kaufobjecte Hypotheken lasteten, so ist damit die, lediglich aus dem Kaufgeschäfte als solchem entspringende Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung ausgeschlossen; es kann eine solche Verbindlichkeit vielmehr nur durch besondere Abrede begründet werden, und ist der Inhalt der letzteren für den Umfang der ersteren allein entscheidend.

Erk. des OAG. zu Celle 1848 in S. Kaufmann Dörrien zu Nienburg wider Ehefrau Fahrenholz daselbst, wegen Befreiung eines Grundstücks von Hypotheken. (Erck.)

279.

Compensation. Retentionsrecht. Kommt es auch bei diesem auf Liquidität des Gegenanspruchs an?

Vgl. Bd. 8 Nr. 33, 122.

Wenn der klägerische Anspruch z. B. durch das Geständniß des Beklagten liquid gestellt ist, und von sonstigen Einredebeweisen nicht weiter abhängt, so darf dagegen eine illiquide Gegenforderung, wenn solche Weiterungen herbeiführen würde, selbst im ordentlichen Processe nicht zur Compensation gebracht werden.

C. ult. §. 1 de compens. (4, 31)

Dieser Grundsatz steht aber nicht entgegen, wenn sich die Geltendmachung der Gegenforderung als Retentionseinrede

Digitized by Google

auffassen läßt, was aber bei sich ergebendem Mangel der Connexität nicht der Fall ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 9 Jänner 1852 (Mannheim w. Horwitz). Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 1 S. 184.

280.

Collision zwischen dem Cedenten eines Forderungstheiles und dem Cessionar.

Oberstrichterlich wurde entschieden, daß der Cedent, welcher einen Forderungstheil an Zahlungsstatt abgetreten hat, dem Cessionar im Falle der Unzulänglichkeit der Befriedigungsmittel nachstehen müsse, weil es schon gegen den guten Glauben sey, daß der Zahlende seinem Gläubiger das wieder entziehe, was er ihm an Zahlungsstatt gegeben.

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim in S. Thoma w. Zimmermann. Jahrbücher. N. F. Jahrg. XIII. S. 263.

281.

Wirksamkeit der Rechnungs-Clausel: *salvis melioribus.*

Der Kläger gründete seinen Hauptanspruch ad 2821 Mark auf eine mit dem Beklagten unterm 5 Jan. 1841 zugelegte Abrechnung, die am Schlusse die Clausel: salv. melior. enthielt. Er forderte außer jener Hauptsumme aber noch einen Posten von 225 Mark, welcher ihm in Folge eines Rechnungsfehlers in jener Abrechnung zu viel abgesetzt sey.

Das Untergericht erblickte indessen in der fraglichen Abrechnung überall kein genügendes Klagfundament.

„Die Abrechnung vom 5 Jan. 1841 ist ausdrücklich mit der Clausel: salvis melioribus abgeschlossen, welche Clausel nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, sowie nach der Deutung, welche der Kläger durch die diesem Documente zuwiderlaufende Einforderung des Postens von 225 Mark ihr gibt, die Verbind-

Digitized by Google

lichkeit dieses Documentes und des darin enthaltenen Anerkenntnisses unter den Contrahenten aufhebt. Daher ist dieses Document — ohne daß es der abseiten des Beklagten versuchten Anfechtung desselben wegen Irrthums und mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf — als rechtsverbindlich nicht zu betrachten und in judicando nicht zu berücksichtigen."

Obschon der Kläger diese Auslegung als unrichtig anzufechten und darzulegen suchte, daß der fragliche, nicht als Suspensiv-, sondern als Resolutivbedingung zu betrachtende Vorbehalt nicht ohne weiteres dasjenige, was in der Liquidation unter den Parteien festgestellt sey, umzustoßen vermöge, vielmehr sich nur auf einzelne Zusätze und erweisliche Irrungen beziehen könne; so wurde doch das unterrichterliche Judicat wegen nicht elidirter Entscheidungsgründe in allen Instanzen bestätigt.

Erk. des OAG. zu Celle vom 26 Oct. 1848 in S. Linder w. Beckmann in pto liquidationis. (Hdf.)

282.

Anerkennung einer Schuld. Erforderniß der Erklärung gegenüber dem Berechtigten. Anerkennung von Seite eines Gesellschaftsausschusses.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Es ist als ein wesentlicher Mangel anzusehen, daß nicht behauptet worden, die Anerkennung sey dem R. gegenüber erfolgt. Ließe sich auch, wenn von einer einzelnen Person angeführt wird, sie habe eine Schuld anerkannt, darin zugleich die Behauptung finden, daß dieß dem Gläubiger gegenüber geschehen sey, weil eine derartige Anerkennung nur durch eine nach außen und zwar gewöhnlich dem Betheiligten gegenüber abgegebene Willenserklärung zu erfolgen pflegt, so verhält sich dieß doch bei einem Gesellschaftsausschuß unverkennbar anders. Hier werden ganz regelmäßig Berathungen gepflogen und protokollarische Erklärungen niedergelegt, welche bloß für den Ausschuß und die von ihm ver-

Digitized by Google

tretene Gesellschaft selbst zur Ordnung ihrer innern Verhältnisse bestimmt sind. Die in einer Ausschußsitzung erfolgte Anerkennung einer Schuld enthält daher für sich allein nichts weiter, als die Feststellung eines Rechnungspostens für die Gesellschaft, läßt aber noch nicht den Schluß zu, daß damit eine entsprechende Erklärung an den Gläubiger verbunden gewesen wäre, während diesem durch diese allein Rechte erworben werden könnten. Nun hat aber der Kläger nur behauptet, das fragliche Guthaben sey in einer Ausschußsitzung in einem Protokolle des Ausschusses anerkannt worden . . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30 Januar 1855. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 3 S. 23 f.

283.

Die Contracts-Natur der Uebernahme des Drucks einer Schrift.

Hierüber äußern sich die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung folgendermaßen:

Der Contract der Parteien ist nicht Verdingung von Diensten — locatio operarum, weil hierzu die Buchdruckerkunst als ars liberalis nicht zu rechnen ist,

arg. fr. 1 pr. si mensor falsum modum dixerit (11, 6) und fr. 1 §. 6 de extraord. cognitione (1, 13);

die Kläger auch nicht ihre Kräfte zu des Beklagten Verfügung gestellt und dabei bloß seiner Anordnung sich unterworfen haben; sondern es ist Verdingung einer Arbeit [1]), einer aus einer Reihe einzelner Handlungen bestehenden auf ein Ganzes gerichteten Leistung, deren Leitung den Klägern oblag, und die sie nach Maßgabe des Contracts zu vollenden übernommen hatten.

Erk. des vormaligen OAG. in Wolfenbüttel v. 2 April 1841 in Sachen B. c. M., wegen Contractserfüllung. (R.)

---

1) Also wohl locatio conductio operis? S.

Digitized by Google

284.

Sohn oder Schwiegersohn als präsumtive Mandatare.

In einer Baustreitigkeit (aus Anlaß zu tiefer Fundamentirung bei einem Umbau des Nachbars) machte Beklagter den Einwand: es habe Kläger vor den eingetretenen Beschädigungen durch seinen Sohn oder Schwiegersohn von dem Ausgraben und Aufmauern der Fundamente Einsicht genommen. Hierüber äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die bloße Thatsache, daß der Sohn oder Schwiegersohn des Klägers die Fundamentirung besehen habe, kann allein dem Kläger noch nicht präjudiciren, vielmehr ist hiezu erforderlich, daß sie diese Einsicht entweder im Auftrage des Klägers vorgenommen haben, oder daß Kläger wenigstens durch ihren ihm darüber gemachten Bericht von dem Ergebniß derselben Kenntniß erhalten habe. Es mußte daher hierauf der Beweis ebenfalls gerichtet werden . . . . . Die Qualität als präsumtive Mandatare, welche in dem vorigen Erkenntnisse, mit Rücksicht auf ihre Verwandtschaftsverhältnisse zum Kläger, dessen Sohn und Schwiegersohn beigelegt wird, gibt ein solches Verwandtschafts- (resp. Schwieger-) Verhältniß nur im Proceß, nicht aber bei anderen Rechtsgeschäften.

Fr. 35 pr. de procurat. (3, 3).

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 22 Nov. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 1 S. 325 f.

285.

Reparatur eines fremden Bauwerkes, als Geschäftsführung geltend gemacht. Justiz- oder Verwaltungssache.

Auf Antrag des Bürgermeisteramtes wurde von der Polizeibehörde zu Meersburg bezüglich einer (angeblich dem großh. Fiscus gehörigen) Mauer angeordnet, daß ein baufälliger Theil derselben reparirt werden solle, ohne jedoch zu bestimmen, wer die Kosten zu tragen habe. Die Stadt Meersburg nahm diese Reparatur vor und verlangte

Digitized by Google

sofort den Kostenersatz von dem großh. Fiscus als Eigenthümer der Mauer, indem sie den Rechtstitel dieses Anspruchs auf nützliche Geschäftsführung stützte. Vom obersten Gerichtshofe wurde die Klage abgewiesen. Aus den Motiven entnehmen wir was folgt:

Eine Geschäftsführung überhaupt und eine nützliche, welche den Geschäftsherrn verpflichten würde,[1]) könnte bezüglich auf den Domänenfiscus in dem Vollzuge der von der Polizeibehörde angeordneten Wiederherstellung einer baufälligen Mauer nur alsdann gefunden werden, wenn aus den Anführungen der Klage sich ergeben würde, daß der Beklagte zur Vornahme der Reparatur selbst rechtlich verbunden gewesen, oder doch die Ausführung in seinem Interesse unter solchen Umständen geschehen sey, welche bei der Unterstellung der gewöhnlichen Handlungsweise eines guten Hausvaters zu der Erwartung seiner nachfolgenden Genehmigung berechtigten. Denn bei dem Mangel der einen sowohl als der andern Voraussetzung würde durch den Vollzug der polizeilichen Anordnung nicht ein Geschäft des Domänenfiscus und zu dessen Nutzen, sondern vielmehr das Geschäft desjenigen geführt worden seyn, dessen Verbindlichkeit zur Vornahme der Reparatur damit erfüllt, oder zu dessen Vortheil dieselbe ausgeführt wurde. Aus dem behaupteten Eigenthumsrechte, auf welches man sich klagenderseits allein beruft, kann jedoch eine privatrechtliche Verbindlichkeit des Beklagten zur Ausbesserung oder Wiederherstellung des baufälligen Mauerwerkes noch keineswegs begründet werden, da eine solche Verbindlichkeit vielmehr dem gesetzlichen Begriffe des Eigenthums geradezu widerstreiten würde, wonach dasselbe in dem Rechte besteht, über eine Sache nach Gefallen zu verfügen, also auch ein Gebäude oder sonstiges Bauwerk zu unterhalten oder dem Verfalle preiszugeben, so fern diese Befugnisse des Eigenthümers nicht durch Verfügungen der Gesetze oder besondere Rechtstitel im einzelnen Falle beschränkt sind. Allerdings ist der Eigenthümer eines Bauwerkes für den Schaden, den es durch Einsturz verursacht, für verantwortlich erklärt, und bei besorglicher Gefahr eines Schadens ist dem Nachbar das Recht

1) Bezugnahme auf bad. LR. S. 1375.

Digitized by Google

eingeräumt, auf Wegschaffung des Baufälligen oder Sicherheitsleistung für dessen Unschädlichkeit zu dringen.[2]) Im vorliegenden Streite handelt es sich aber weder um den Ersatz eines durch Einsturz der Mauer etwa bereits verursachten Schadens, noch um die Geltendmachung der Rechte der Nachbarn, noch um Zahlung der Kosten der etwaigen Hinwegschaffung oder Niederreißung der baufälligen Mauer, sondern vielmehr um den beträchtlichen Kostenaufwand, welcher durch ihre Ausbesserung oder Wiederherstellung in den früheren gefahrlosen Zustand erwachsen ist.

Die Behauptung aber, daß durch die Wiederherstellung gedachter Mauer für den Beklagten, als angeblichen Eigenthümer derselben, etwa ein Vortheil erzielt worden sey, welcher mit dem geforderten Kostenaufwand irgend im Verhältniß stünde, ist in der erhobenen Klage nicht einmal im allgemeinen aufgestellt worden . . . . . ; vielmehr ist beklagterseits ausdrücklich behauptet, daß die Mauer, resp. die dort befindliche Stiege, nur wegen des leichteren Verkehrs der Stadtbewohner nothwendig sey, ihre Unterhaltung sonach nur im Interesse der Stadt und auf ihre Kosten geschehen könne. . . .

Da es hiernach, auch das fiscalische Eigenthumsrecht als erwiesen angesehen, immerhin an einem privatrechtlichen Grunde für die Verurtheilung des Beklagten mangelt, die Frage aber, ob der Beklagte als Eigenthümer der Mauer etwa aus polizeilichen Gründen, also aus Gründen des öffentlichen Rechts zu den Kosten der Wiederherstellung beizuziehen sey, nicht zur gerichtlichen Cognition, sondern zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden gehört,[3]) so erscheint der beklagte Fiscus durch das verurtheilende Erkenntniß des Hofgerichts als beschwert.

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim. Jahrbücher N. F. Jahrgang XIII (1852/53) S. 277 f.

---

2) Bezugnahme auf bad. LR. S 1386 und 1386 a.

3) Bezugnahme auf §. 1 der bad. bürgerl. P. O.

Digitized by Google

286.

Vertragsaufhebung wegen Nichterfüllung eines Theils. Ersatz der von diesem gemachten Verwendungen aus dem Standpunkte der Geschäftsführung gefordert. Voraussetzung der Bereicherung. [1])

Anton Fischer hatte von Frhrn. v. Bodmann eine Quantität Holz gekauft und aus dem Walde abgeführt. Er zahlte jedoch den Kaufpreis nicht, und der Verkauf wurde auf Klage des Verkäufers für aufgelöst erklärt. Nun klagte der Käufer gegen den Verkäufer Ersatz der Verwendungen ein, welche er durch Abführung und Beschlagen des gekauften Holzes gemacht haben wollte. Oberstrichterlich wurde der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen. Aus den Motiven entnehmen wir was folgt:

Da bei doppelseitigen Verträgen, wenn diese wegen Nichterfüllung von Seiten des einen Contrahenten aufgehoben werden, nur dem Contrahenten, welchem die nichterfüllte Zusage gemacht worden war, nicht aber auch dem Contrahenten, welcher seine Zusage nicht erfüllte, und deßhalb die Auflösung des Vertrags nothwendig machte, ein Entschädigungsanspruch gegen seinen Mitcontrahenten zusteht, so folgt hieraus, daß dem Kläger, wenn ihm auch durch die erkannte Auflösung des mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrags ein Schaden zugegangen wäre, doch kein Entschädigungsanspruch an den Beklagten zustehen würde, wenn nicht der Beklagte, sondern der Kläger selbst diesen Schaden verschuldet hat, welchen er durch Erfüllung der ihm als Käufer obliegenden Verbindlichkeit hätte abwenden können.

Kläger behauptet, daß der Beklagte, als er das Holz zurückerhielt, um den Betrag der auf Transport und Beschlagung gemachten Verwendungen reicher geworden sey, weil er, um das Holz benutzen und verkaufen zu können, dieselben Verwendungen hätte machen müssen. Allein auch angenommen, daß der Fall

---

1) Durch eine umfassende Monographie über die Haftung nach Maßgabe der Bereicherung in allen ihren mannichfachen Beziehungen (insbesondere auch in Ansehung der Beweislast) würde eine Lücke unserer civilistischen Litteratur ausgefüllt werden. JAS.

Digitized by Google

zur Anwendung des Satzes: „Niemand darf sich auf Kosten und zum Schaden eines andern bereichern" geeignet sey, so folgt doch daraus allein, daß der Kläger auf das Holz Verwendungen gemacht hat, welche auch der Beklagte hätte machen müssen, noch nicht, daß der letztere um den Betrag dieser Verwendungen bereichert worden ist, indem das Holz selbst seit dem Abschlusse des Kaufvertrags an Werth verloren haben könnte. Von einer Bereicherung des Beklagten könnte nur dann die Rede seyn, wenn der Kaufpreis, welchen er, nachdem er das Holz zurückerhalten hatte, durch dessen Verkauf hätte erzielen können oder wirklich erzielte, um den Betrag der mittlerweile von dem Kläger auf dasselbe gemachten Verwendungen höher gewesen wäre als der Kaufpreis, den der Kläger nach dem Kaufvertrag zu zahlen versprochen hatte. Daß aber das Holz zur Zeit als der Beklagte dasselbe zurückerhielt, nicht an Werth verloren hatte, und daß der letztere, abgesehen von den vom Beklagten mittlerweile auf dasselbe gemachten Verwendungen, durch dessen Veräußerung noch immer den Kaufpreis erzielen konnte, den der Kläger zu zahlen versprochen hatte — dieß wird in der übergebenen Klage gar nicht behauptet. . . . . .

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim. Jahrbücher N. F. Jahrgang XIII. (1852/53) S. 280 f.

287.

Gewinn aus unerlaubter Gemeinschaft. Condicirung der Einschüsse.

Vgl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 15 S. 40.

Der durch eine unerlaubte Gemeinschaft (z. B. eine gesetzwidrige Societät) während ihrer Dauer erzielte Gewinn muß unter den Gesellschaftern, von welchen der Inhaber des Gewinns ebenso rechtswidrig wie sein Gegner gehandelt hat, und sich mithin auf dessen Kosten nicht bereichern darf,

arg. fr. 3 pr. de colleg. et corpor. (47, 22),

getheilt werden, und zwar im Zweifel nach Kopftheilen, insofern nicht die Gesellschafter über einen andern Theilungsmaßstab einig,

Digitized by Google

oder die Größe des Gewinnantheils unbestritten unter ihnen seyn sollte.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 18 Mai 1854. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 1 S. 427.

Im gegebenen Falle wurde aus der Feststellung der Nichtigkeit der gesetzwidrig eingegangenen Societät auch die Folge gezogen:

„Dem Vorstehenden nach ist Kläger berechtigt, seine in die Handlung gemachten Einschüsse zum Betrag von fl. 23,882 30 kr. von dem Beklagten zu condiciren."

288.

Unverbindliche Aeußerung der Schenkungs-Absicht.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Das Schenkungsversprechen des H. zu fl. 2400 anbelangend, so beurkundet die nach der Klagschrift angeblich gegen G. gemachte Aeußerung des H. (er wolle gedachte Summe der Klägerin geben, er wolle sie derselben schenken), zumal sie einem Dritten und nicht der Klägerin gegenüber gemacht seyn soll, nur die Absicht des H., die Klägerin mit einer Schenkung zu bedenken, nicht aber deren Ausführung, welche allein Gegenstand einer Beweisauflage seyn könnte.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 16 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 1 S. 305.

289.

Unwirksamkeit der Spielschulden.

Vgl. Bd. 1 Nr. 345.

Das OAG. zu Celle ist noch in neuester Zeit, in einem Erk. v. 7 März 1855, hinsichtlich der Unwirksamkeit von Spielschulden, [1]) ganz von denselben Grundsätzen ausgegangen, welche

1) Wegen der herrschenden verschiedenen Ansichten s. Mühlenbruch's

Digitized by Google

auch der unter der obenerwähnten Nummer mitgetheilten Entscheidung desselben höchsten Gerichts vom 15 Juli 1846 zu Grunde liegen. In der Hauptmotivirung, in Betreff nämlich der Entscheidung über die fortdauernde Gültigkeit und Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Bestimmungen über Geldspiele, stimmen beide Erkenntnisse fast wörtlich überein. Daneben enthält das neuere Erkenntniß noch die Entscheidung über zwei besonders in Anregung gekommene Fragen, welche wir, obschon sie nur als consequente Durchführung der aufgestellten allgemeinen Principien erscheint, nachstehend folgen lassen:

„Zur factischen Substantiirung der vorgeschützten Einrede (daß die eingeklagte Summe von 480 Rthlr. aus einer Spielschuld, resp. aus einem Darlehen zum Spiele herrühre) war nicht erforderlich, das fragliche Spiel speciell zu bezeichnen, indem, abgesehen von der Größe der hier in Frage stehenden Geldsumme, welche auf ein nach der Zeitsitte etwa erlaubtes Spiel überall nicht hinweisen kann, nach den Grundsätzen des römischen Rechts alle dem erwähnten Zwecke (Uebung des Muthes und der Körperkräfte) nicht angehörende Geldspiele verboten sind, solchemnach es auch nicht darauf ankommt, ob das fragliche Spiel ein s. g. Hazardspiel gewesen sey.

Die Nachlassung eines Beweises des eventuell behaupteten *constitutum* würde nur dann zulässig seyn, wenn die wiederholte Zusage das Recht begründen könnte, auf deren Erfüllung zu klagen. Dieß läßt sich jedoch bei einem Rechtsgeschäfte nicht annehmen, welches gegen die Vorschrift verbietender Gesetze eingegangen und deßhalb völlig ungültig ist. Bei Spielschulden ist aber dem Gläubiger jedes Recht, sie geltend zu machen, gesetzlich entzogen. Auch behält das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, immer die Eigenschaft, daß es einen unwirksamen Vertragsgegenstand bildet."

Pandekten Bd. II. §. 424. Puchta's Pand. §. 258. Glück's Comment. Bd. XI. §. 759. Mittermaier's deutsches P. Recht. §. 298. Wilda, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II. S. 142 ff. Eichhorn's deutsches P. Recht §. 110.

Digitized by Google

Erk. in Sachen Heinſohn wider die Erben des weil. Burch. Sylveſter. (Hdf.)

290.

Verbürgung für einen Hausſohn. Verliert der Bürge das Recht, die *exc. SC. Macedon.* zu gebrauchen, wenn der Hauptſchuldner nach Endigung der väterlichen Gewalt die Schuld anerkennt?

Dieſe Frage wurde oberſtrichterlich verneint, aus folgenden Erwägungen:

In ſo ferne ſich die Klage auf die Bürgſchaft ſtützt, welche für die von dem verſtorbenen N. während der Dauer der väterlichen Gewalt contrahirte Darlehensſchuld vom Beklagten übernommen worden, ſo iſt ihr die Einrede aus dem SC. Macedonianum mit Recht entgegengeſetzt, da fr. 9 §. 3 de Sc. Macedon. (14,6) dieſelbe auch dem Bürgen in allen Fällen zugeſteht, in welchen er an ſich einen Regreß-Anſpruch gegen den Hauptſchuldner hat; dieſer aber iſt überall anzunehmen, wo ſich der Intercedent weder „donandi" animo, noch gegen den beſtimmt ausgeſprochenen Willen, noch gegen das Intereſſe des Hauptſchuldners verbürgt hat;

vgl. fr. 6 §. 2; fr. 40 mandati (17, 1);

indem auch ſelbſt da, wo durch die Bürgſchaftsübernahme und demnächſt erfolgende Zahlung nur ein debitum naturale des Hauptſchuldners getilgt werden würde, doch ein Intereſſe des letzteren obwaltet und eben damit ein Regreß-Anſpruch, auch abgeſehen von der Klagbarkeit deſſelben, für den Bürgen begründet werden würde.

Der ſolchergeſtalt vorhandene Anſpruch des Bürgen auf die exc. ex SC. Macedon. verpflichtet ihn aber auch, dem in Anſpruch zu nehmenden Hauptſchuldner gegenüber, ſich dieſer Einrede gegen den klagenden Gläubiger zu bedienen, und eben damit die Verurtheilung zu der, den Regreß-Anſpruch gegen den Hauptſchuldner erſt vollſtändig begründenden Zahlung für denſelben zu verhindern.

Digitized by Google

Aber aus diesem Interesse, welches auch der Hausſohn als Hauptſchuldner bei der Geltendmachung der Einrede aus dem SC. Macedon. ſeitens des Bürgen hat, darf nicht gefolgert werden, daß dieſelbe nur im Intereſſe des Hausſohns geltend gemacht werden dürfe, indem der Bürge auch ein eigenes Intereſſe dabei hat, daß er mittelſt der gedachten Einrede von der Zahlungspflicht frei wird, und daher nicht genöthigt iſt, erſt mittelſt Geltendmachung ſeines Regreß-Anſpruches gegen den Hauptſchuldner ſich ſchadlos zu halten. Hienach geht aber die dem Bürgen einmal erworbene Einrede durch die einſeitige Anerkennung der Darlehensſchuld ſeitens des Hauptſchuldners nach aufgelöster väterlicher Gewalt nicht wieder verloren.

Erk. des OAG. zu Caſſel, mitgetheilt im Archiv für prakt. Rechtswiſſenſchaft Bd. II S. 450 f.

291.

Entlaſſung proteſtantiſcher (insbeſondere reformirter) Geiſtlichen kraft landesherrlicher Epiſkopalgewalt. §. 59 des Reichsdeputations-Hauptſchluſſes von 1803.

Vgl. oben Nr. 212.

Aus den Erwägungen, welche einer oberſtrichterlichen Entſcheidung zu Grunde lagen, entnehmen wir folgende Sätze:

Die Kirchengewalt darf einen Geiſtlichen, der als ſeines Amtes unwürdig erſcheint, entlaſſen und ihm die damit verbundene Beſoldung entziehen, ohne daß dem Civilrichter zuſteht, den Gehalt der Gründe einer ſolchen Disciplinarmaßregel zu beurtheilen. Hierin hat auch, bei den Geiſtlichen der Entſchädigungsländer, der §. 59 des obengedachten Reichsgeſetzes keine Schranke gezogen, indem durch dieſe Beſtimmung die Disciplinargewalt der Epiſkopalbehörde nicht alterirt worden iſt, und dieſe Gewalt dem proteſtantiſchen Landesherrn auch über die reformirte Geiſtlichkeit zuſteht. Daraus daß (im Großherzogthum Heſſen) dem Kirchen- und Schulraths-Collegium nur eine beſchränkte Disciplinargewalt

Digitized by Google

zukömmt, folgt nichts gegen die Disciplinargewalt des Landesherrn als summus episcopus.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 31 Dec. 1833 (Wagner w. Centralfiscus). (Bopp.)

292.

Interdictum quod vi aut clam.

Vergl. Bd. 7 Nr. 45; Bd. 8 Nr. 51.

In einem gegebenen Falle hatten die Kläger ihre Klage ausdrücklich als das interdictum quod vi aut clam bezeichnet. Hieran anknüpfend, äußern die oberstrichterlichen Motive:

Wenn gleich zur Begründung dieses Interdicts auf der einen Seite genügt, daß der Beklagte in einem Falle, wo er des Widerspruchs seines Gegners vernünftigerweise gewiß seyn mußte, sein Vorhaben demselben nicht angezeigt hat,

fr. 3 §. 7, 8 quod vi aut clam (43, 24)

so ist doch auf der andern Seite erforderlich, daß, insofern von Ueberschreitung der Gränzen durch einen Bau die Rede ist, der Beklagte diese Ueberschreitung zur Zeit des Baues gewußt, nicht erst nach Vollendung des Baues erfahren, auch, wenn der Bau nicht von dem in Anspruch genommenen Beklagten selbst, sondern durch eine andere Person ausgeführt worden ist, er selbige zu dieser Art der Ausführung beauftragt habe oder damit einverstanden gewesen sey.

Fr. 6 pr., fr. 40 §. 2 de acqu. vel am. poss. (41, 2)
fr. 13 §. 7; fr. 14 quod vi aut clam (43, 24).

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 14 April 1840 in der Brem. S. Schröder w. Mursfeldt. (Hei.)

Digitized by Google

293.

Ueber die jetzige Anwendbarkeit der im röm. R. zum Schutze der Schifffahrt in öffentlichen Flüssen gegebenen Interdicte.

Vgl. Bd. 9 Nr. 164.

In einem Rechtsstreite, welcher die Wegräumung eines in einem angeblich öffentlichen Flusse angelegten Stackwerks zum Gegenstande hatte, stellte das höchste Landesgericht hinsichtlich der Zulässigkeit der angestellten Klage folgende Grundsätze auf:

„Die Behauptung des Beklagten, daß die im röm. R. vom Prätor zum Schutze der Schifffahrt auf öffentlichen Flüssen gegebenen Interdicte

Tit. 12—14. D. lib. XLIII.

bei der gegenwärtigen Staatseinrichtung durch die polizeiliche Oberaufsicht der betreffenden Behörden ausgeschlossen seyen, muß für unbegründet gehalten werden. Es darf nämlich ein den Schutz der Schifffahrt bezielendes Interdict jedenfalls dann für zulässig gehalten werden, wenn dasselbe nicht lediglich im öffentlichen Interesse, sondern zugleich zum Schutze eines Privatrechts erhoben wird, was im vorliegenden Falle anzunehmen ist, da die Kläger zugleich im Interesse ihrer benachbarten Ländereien und der von daraus zu betreibenden Schifffahrt die Hinwegräumung des vom Beklagten vorgerichteten Stackwerks verlangt haben."

Erk. des OAG. zu Celle vom 26 Jan. 1855 in S. F. v. Borstel u. Gen. w. den Stackmeister Spreckels. (Hdf.)

294.

Ansprüche aus außerehelichem Beischlafe. Erforderniß der Verführung.

Vgl. Bd. 4 Nr. 51; Blätter für Rechtsanwendung Bd. 20 S. 219 f.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die Klägerin verlangt, daß ihr Anspruch {nur von Ent-

Digitized by Google

schädigung wegen Defloration handelt es sich) nicht von dem Beweise der Verführung zum Beischlaf, sondern von dem des geschlechtlichen Umgangs mit dem Erblasser der Beklagten abhängig gemacht werde. Allein dieser Beschwerde war nicht zu entsprechen. Zwar ist es nicht entscheidend, daß in der Klagschrift die Verführung als factisches Fundament steht; denn ginge die Behauptung der Klägerin auf mehr als sie zu beweisen pflichtig ist, so hätte der Richter das Mindere zu substituiren, da jene Behauptung sich nicht als freiwillige Beweisübernahme des Mehr auffassen läßt. Wohl aber entscheidet der Grund, daß die zum Beweise verstellte Verführung dem in cap. 1 X. de adulteriis (5, 16) gebrauchten Ausdruck „seduxerit" entsprechend ist. Nun meint zwar die Klägerin, wenn der Beischlaf mit einer Unverheiratheten vollzogen werde, so streite die Vermuthung für die Verführung von Seiten des Mannes; es könne daher nur jene Thatsache zum Beweise verstellt, und höchstens den Gegnern der Beweis, daß das Weib der verführende Theil gewesen sey, nachgelassen werden, wenn sie solche, was hier nicht geschehen, behauptet hätten. Allein die thatsächliche Vermuthung, welche je nach der Individualität des Falles von größerer oder geringerer Bedeutung seyn wird, ist nicht geeignet, das dem Gesetz entsprechende Beweisthema zu modificiren; es muß vielmehr nach geschehenem Beweise dem endlich erkennenden Richter überlassen werden zu beurtheilen, wie weit jene Vermuthung, wenn deren factische Voraussetzung in Gewißheit gesetzt ist, zu berücksichtigen sey.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 16 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 1 S. 304.

295.

Bestimmung der Satisfactionssumme *pro defloratione.*

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Die Frage, ob nach cap. 1 X. de adult. (5, 16) das Abfindungsquantum ein vollständiges Surrogat der verweigerten Ehe

Digitized by Google

seyn müßte, kann auf sich beruhen, da die Praxis nicht ohne Einfluß deutsch-rechtlicher Ansichten dasselbe durchgängig auf eine geringere Summe festzustellen pflegt, deren Quantum durch Richter-Ermessen, vornehmlich unter Berücksichtigung der Vermögens- und Standesverhältnisse der Geschwächten, bestimmt wird. Die Klägerin gehört zu den niederen Ständen. Es muß demnach bedenklich erscheinen, von der Auffassung, von welcher die localen Gerichte unter ausdrücklicher Berufung auf die dortige Praxis bei Ausmessung des Abfindungsquantums (auf fl. 50) ausgegangen sind, abzuweichen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 16 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 1 S. 305.

296.

Die Verweigerung des väterlichen Eheconsenses verwandelt die alternative Verpflichtung des *stuprator* in eine einfache. Größe der Satisfactionssumme.

Ein Rescriptum de emendando des OAG. zu Celle stellt hierüber folgende Grundsätze auf:

Allerdings liegt dem Stuprator nur die alternative Verbindlichkeit ob, die Geschwächte zu ehelichen, oder zu dotiren. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen ist jedoch bei alternativen Verbindlichkeiten der Schuldner, wenn die eine Alternative ohne Schuld des Gläubigers unmöglich wird, zur Leistung der anderen verpflichtet. Es kann nun aber die Verweigerung des Eheconsenses von Seiten des (seine minderjährige Tochter vertretenden) Imploranten der Tochter desselben so wenig zugemessen werden, als wenig derselbe dem stuprator über die Gründe seiner Weigerung Rechenschaft zu geben, oder die Geschwächte zu Gunsten des Stuprators gegen ihren Vater auf Supplirung des Eheconsenses anzutragen verpflichtet ist. [1]) Die Verbindlichkeit des implorati-

1) Uebereinstimmend auch die frühere Praxis des OAG. zu Celle; vergl. (Bülow's u.) Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VI. S. 405; ingl.

Digitized by Google

schen Pupillen (des Schwängerers) zur Dotation beruht daher außer Zweifel.

So viel die Größe der Satisfactionssumme anlangt, so ist bei deren Bestimmung zunächst auf den Brautschatz, welchen die Geschwächte dem Stuprator zuzubringen im Stande gewesen seyn würde, daneben aber auch auf den Stand beider Theile und die Vermögensverhältnisse des Stuprators Rücksicht zu nehmen, und danach die Satisfactionssumme billig zu ermäßigen.

Erk. vom 20 Oct. 1836 in S. Kedenburg w. Hinrich Lange, als Bischof'schen Vormund. (Hdf.)

297.

Rückforderung wegen Wuchers. Beziehung zur *non numeratae pecuniae querela.*

Rügemer behauptete, durch verschiedene Wuchergeschäfte des R. May übervortheilt worden zu seyn, und klagte gegen die May'schen Erben auf Herausgabe des zu viel Gezahlten. Nach Angabe der Klagschrift hatte May am 1 Mai 1843 sich ein Capital von fl. 6000 von dem Kläger als empfangen verschreiben lassen, jedoch ihm nur 4650 fl. ausbezahlt; wie nicht minder am 4 April 1846 dem Kläger die Prolongation seiner Forderung auf ein Jahr und einen Zuschuß von fl. 500 unter der Bedingung bewilligt, daß der Kläger ihm fl. 2500 verschreibe, u. s. w.

Die Beklagten verfochten die Ansicht, die Klage sey nach den Grundsätzen von der non numeratae pecuniae querela zu beurtheilen. Dagegen bemerken die Motive zur oberstrichterlichen Entscheidung:

Aus dem wesentlichen Inhalt der Klage erhellt, daß es sich

Busch, Darstellung des Rechts geschwächter Franenspersonen, §. 64. 1 a; wogegen Glück, Commentar Bd. 28 S. 164 und 165, Gewicht darauf legt, ob der Widerspruch der Eltern der Geschwächten aus gerechten Ursachen erfolgt.

Digitized by Google

hier von einem Falle handelt, in welchem der Schuldner bei Auszahlung der Anlehen und bei der mehrfach von ihm ausgestellten Empfangsbescheinigung wußte, daß ihm die volle Summe über welche er quittirte, nicht ausbezahlt werden solle, sondern mit seinem Einverständniß der Gläubiger ihm nur eine geringere Summe zahlte, gegen Uebernahme der Verpflichtung, sich für eine höhere Summe zum Schuldner zu bekennen und solche seiner Zeit zurückzuzahlen. Der Kläger beabsichtigt also gegenwärtig die Rückforderung eines dem verstorbenen May zur Last gelegten wucherlichen Gewinns, und das Fundament seines Anspruchs ist zu finden in C. 26 §. 1 de usuris (4,32) verbis:

> „interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere, vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum, vel *alterius* cujuscunque causae gratia,"

sowie in der Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 1 §. 1, §. 8 in den Worten:

> „daß etliche eine Summe Geldes, als achthundert Gülden, hinleihen sollen, und doch im Kaufbrief mehr denn tausend Gülden setzen lassen, dadurch ihnen mehr denn fünf vom Hundert verzinset und im Wiederkauf mehr denn ihre Hauptsumme gewesen, empfahen . . . . . , so erklären Wir solche wucherliche Contract als kraftlos,"

welche gerade den hier angeblich vorliegenden Fall enthält.

Der Begriff des Wuchers ist hier nicht deßwegen ausgeschlossen, weil von dem Kläger dem verstorbenen May das Nehmen verbotener Procente nicht beigemessen wird, indem der Begriff des Wuchers hierauf nicht beschränkt ist. Dem Kläger steht auch nicht der Umstand entgegen, daß er wissentlich die Zinsen von dem verschriebenen vollen Betrag der May'schen Forderung bezahlt, und ebenso wissentlich das ganze Capital habe berichtigen lassen. Denn die Klage auf Rückforderung des Wuchers ist sine causa (nicht indebiti) condictio, und es kommt unbestritten bei solcher nicht darauf an, daß der Schuldner ihn wissentlich bezahlt hat. Wäre die Wissenschaft ein Grund, den Anspruch auszuschließen, so würde es um die Wirksamkeit der gegen den Wucher gegebenen

Digitized by Google

Gesetze vollends geschehen seyn. Ebenso wenig und aus gleichem Grunde kann die Anerkennung der in einem wucherlichen Geschäfte beruhenden Forderung, und wenn sie auch noch so oft stattgefunden hätte, in Betracht kommen. Die klägerischen Behauptungen sind also als ausreichendes factisches Fundament eines rechtlichen Anspruches zu betrachten . . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 21 Febr. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 1 S. 231 f.

298.

***Praesumtio Muciana*; Nichtanwendbarkeit derselben bei längerem, nach dem Tode des Mannes fortgesetzten Besitze der Wittwe.**

Christian Weiß, welcher sich angeblich ein nicht unbedeutendes Vermögen erworben, starb am 23 Juli 1823 ohne Hinterlassung von Kindern; seine Wittwe, geb. Bahrmann, blieb de facto im Besitze des ganzen ungetheilten Vermögens, bis sie selbst am 31 Aug. 1833 verstarb. Nach ihrem Tode wurden auf ergangene gerichtliche Edictalladung Justus Schulz und Eleonore Schulz als Intestaterben des Christian Weiß, sodann der Bürger Bahrmann als Intestaterbe der Wittwe Weiß anerkannt.

In dem zwischen diesen als legitimirt anerkannten Intestaterben der beiderseitigen Weiß'schen Eheleute eingeleiteten Liquidationsverfahren wurde vom zuständigen Untergerichte am 31 Jan. 1835 erkannt,

„daß sie — beiderseits — nicht für ermächtigt zu erachten seyen, den gesammten Nachlaß des Weiß'schen Ehepaares in Besitz zu nehmen, vielmehr ihnen aufgegeben werde, diejenigen Erbschaftsgegenstände, welche zu dem Nachlasse des einen oder andern Erblassers gehörten, zu bezeichnen und als solche zu beweisen."

Auf die von beiden Theilen gegen diese Entscheidung ergriffene Appellation wurde dagegen von dem betreffenden Mittelgerichte erkannt:

„Da die Erblasserin des Bürgers Bahrmann, Wittwe Weiß, sich seit dem bereits vor mehreren Jahren erfolgten Tode ihres

Digitized by Google

Ehemanns im ausschließlichen und unbestrittenen Besitze des ganzen, jetzt streitigen Nachlasses befunden hat, so kann bei dieser Lage die sonst geltende, von den Intestaterben des Christian Weiß für maßgebend erachtete Regel,[1]) daß im Zweifel alles, was sich im Besitze zweier Eheleute befindet, Eigenthum des Ehemannes ist, im vorliegenden Falle keine Anwendung finden.

Dem Bürger Bahrmann wird deßhalb der streitige Nachlaß zugesprochen, die Gegner könnten denn beweisen,

daß und welche in dem fraglichen Nachlasse befindlichen Gegenstände zu dem Nachlasse ihres Erblassers, des Christian Weiß, gehört haben."

Diese Entscheidung wurde in höchster Instanz bestätigt.

Erk. des OAG. zu Celle vom 7 Nov. 1836 in S. des Just. Schulz und der Eleon. Schulz w. den Bürger Bahrmann, a. a. die Weiß'sche Verlassenschaft betr. (Hdf.)

299.

Verletzung eines ehegerichtlich ausgesprochenen Wiederverheirathungsverbotes begründet keine Ehenichtigkeit. (Nach protestantischem Kirchenrecht.)

Aus einem Erkenntnisse des OAG. zu Celle:

Der Anspruch der Kläger, in so weit er auf die behauptete Nichtigkeit der von ihrem verstorbenen Großvater mit der Mitbeklagten, Margaretha, gebornen Winter, eingegangenen zweiten Ehe und auf die daraus abgeleitete Illegitimität der in dieser Ehe erzeugten Kinder hat gestützt werden sollen, stellt sich als unbegründet dar. Das in dem Ehescheidungserkenntnisse vom 14 April 1803 für den Großvater der Kläger enthaltene einfache Verbot der Wiederverheirathung begründet nämlich kein impedimentum matrimonii dirimens, so daß keine absolute Nichtigkeit der verbotswidrig eingegangenen zweiten Ehe daraus hergeleitet werden kann. Mithin sind dieser zweiten (im Auslande ge-

1) Vgl. fr. 51 de don. int. V. et U. (24, 1) und C. 6 eod. (5,16).

Digitized by Google

schloſſenen) Ehe, wenn die kirchlich förmliche Vollziehung derſelben von den Beklagten annoch dargethan wird, die bürgerlichen Wirkungen eines matrimonii rati ac legitimi in jeder Beziehung beizulegen.

Erk. vom 26 Oct. 1842 in S. Mich. Buchholz u. Conſ. w. die Wittwe Buchholz Margaretha, geb. Winter, u. Genoſſen, wegen Erbſchaft. (Hdf.)

300.

Letztwillige Remiſſion der *poenae secundarum nuptiarum.*

Bekanntlich iſt bis auf die neueſte Zeit die Frage:

ob der vorverſterbende Ehegatte dem überlebenden die mit Eingehung einer zweiten Ehe geſetzlich verknüpften Nachtheile letztwillig erlaſſen könne,

eine ſehr beſtrittene geweſen.

Vgl. Glück's Commentar Bd. XXIV. S. 163 ff.; Geiger, in der Gießener Zeitſchrift Bd. XIX. S. 222 ff.; Majer, daſ. N. F. Bd. V. S. 310 ff.

Nach dem Zeugniſſe

Hagemann's praktiſche Erört. Bd. V. Erört. VII. S. 52

hat ſich das OAG. zu Celle in früheren Zeiten gleichmäßig für die Zuläſſigkeit der Remiſſion — ſobald die Abſicht derſelben völlig außer Zweifel ſey — ausgeſprochen. Bei dieſer Anſicht iſt das gedachte höchſte Landesgericht, auch in neuerer Zeit, namentlich noch in einem Erkenntniſſe vom 3 März 1842, in S. des Specialcurators für weil. Hinr. Ed. Struve hinterlaſſenen Sohn wider die Wittwe Struve, ſpäter verehel. Rademacher, ſtehen geblieben.

Der gedachte Hinr. Ed. Struve hatte in ſeinem Teſtamente ſeine Ehefrau und ſeine beiden Kinder zu gleichen Theilen zu Erben eingeſetzt und dann in einem Nachtrage verordnet,

„es ſolle dasjenige, was von dem ſeiner Ehefrau zugewandten Erbtheile beim Ableben derſelben noch übrig ſeyn werde, wenn dieſelbe zur zweiten Ehe ſchreiten würde an ſeine beiden Kinder zurückfallen."

Digitized by Google

Nach dem Tode des Erblassers starb eines seiner Kinder, und seine Wittwe schritt nicht lange darauf zur zweiten Ehe.

Als es nun zum Processe darüber kam, ob und wie weit gegen dieselbe die Strafen der zweiten Ehe, mit Rücksicht auf die hervorgehobene letztwillige Bestimmung ihres weil. Ehemannes zur Anwendung zu bringen seyen, entschied das zuständige Mittelgericht:

„Der verstorbene Struve war richtiger Rechtsansicht nach allerdings berechtigt, seiner Ehefrau die Strafen der zweiten Ehe, so weit sie seinen Nachlaß betreffen [1]), zu erlassen, und hat dieses auch durch die in dem Nachtrage zu seinem Testamente enthaltene Verfügung auf genügend deutliche Weise gethan."

Diese Entscheidung wurde auf die von dem Specialcurator des Struve'schen Sohnes dagegen ergriffene Appellation höchstrichterlich wegen nicht widerlegter Entscheidungsgründe bestätigt.

(Hdf.)

301.

Kann bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann von Seiten der Ehefrau die Antretung einer ihr angefallenen Erbschaft erzwingen?

Nach bremischem Particularrechte besteht zwischen Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft im weitesten Umfange, namentlich steht dem Ehemanne die unbeschränkte Disposition über das Sammtgut und dessen alleinige Verwaltung zu.

Ueber die Frage nun,

I. ob dem Ehemanne in Bremen überhaupt die Befugniß

---

1) Im übrigen ward ausgesprochen, daß sich der fragliche Erlaß nur auf den, von dem verstorbenen ersten Ehemanne unmittelbar herrührenden Nachlaß, nicht aber auf das beziehe, was die hinterbliebene Ehefrau als Intestaterbin ihres einen, nach dem Vater verstorbenen Kindes zu beanspruchen habe.

Digitized by Google

zustehe, seine Ehefrau zur Antretung einer ihr deferirten Erbschaft zu nöthigen, [1]) und ob

II. diese Befugniß auch bei den besonderen, im gegebenen Falle von der Appellantin (Beklagten) geltend gemachten Weigerungsgründen ausgeübt werden könne?

ergingen in den verschiedenen Instanzen widersprechende Urtheile, indem das Obergericht die deßfallsige Klage des Ehemanns zuließ, das Oberappellationsgericht sie aber verwarf; letzteres aus folgenden Gründen:

„So viel

I. die erste Frage anbelangt, so kann dieselbe weder aus dem römischen, noch aus dem älteren germanischen Rechte direct entschieden werden, weil das Zusammentreffen derjenigen Verhältnisse, unter welchen diese Frage überhaupt entstehen konnte, in dem einen wie in dem andern Rechte überhaupt nicht stattfindet. Einerseits nämlich kennt das justinianische Recht überall keine gesetzliche Gewalt des Ehemanns über das ganze Vermögen der Frau, vielmehr bleiben seine Rechte auf diejenigen Stücke ihres Vermögens beschränkt, welche ihm vertragsmäßig als Dos oder zur Verwaltung übergeben worden sind; und andererseits kennt das ältere germanische Recht, wenigstens bei Intestaterbschaften, keinen Unterschied zwischen der Delation und dem wirklichen Erwerbe, mithin auch nicht das Erforderniß einer besonderen Antretung neben der bloßen Delation der Erbschaften.

(Heise und Cropp), Jurist. Abhandl. Th. II. S. 135.

Erst in neueren Zeiten, seitdem man in Beziehung auf den Erwerb der Erbschaft die Grundsätze des römischen Rechts befolgt hat, konnte die obgedachte Frage möglicherweise entstehen, ohne daß sie jedoch wirklich schon häufig vorgekommen seyn dürfte, da unter den gewöhnlichen regelmäßigen Verhältnissen ein Dissens

1) Durch §. 282 der späteren Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen wurde übrigens diese Controverse dahin entschieden: „In Ansehung der einer Ehefrau anfallenden Erbschaft, so weit diese in das Sammtgut fließen würde, steht die Befugniß zur Annahme oder Ausschlagung dem Ehemanne ausschließlich zu."

Digitized by Google

der Ehegatten über den Erwerb einer Erbschaft nicht leicht denkbar ist. So läßt sich denn namentlich in Bremen sowohl als anderswo an eine bereits hergebrachte Praxis über diesen Punkt nicht füglich denken, wie denn davon auch in den Acten keine Spur zu finden ist, und während, so viel bekannt, unter den Particulargesetzgebungen nur Eine

das preuß. Landr. Th. II. Tit. 1 §. 387, 388

den Fall durch eine allgemeinere Vorschrift wenigstens implicite entschieden hat, steht doch eben dieses Particulargesetz mit der einzigen bisher aufgefundenen wissenschaftlichen Erörterung der Frage vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus

Runde, deutsches eheliches Güterrecht 1841 S. 96, 97, vgl. mit S. 84, 85

in dem geradesten Widerspruch. Es bleibt also hier für die richterliche Entscheidung nichts übrig, als ein Zurückgehen auf die allgemeineren Grundsätze des deutschen ehelichen Güterrechts und auf passende Rechtsanalogien.

Hiebei ist nun zwar nicht zu verkennen, daß es dem Geiste des deutschen ehelichen Güterrechts und der dabei geltenden s. g. ehelichen Vogtschaft oder potestas maritalis zu widersprechen scheint, wenn man der Frau gestatten wollte, sich der Antretung einer ihr deferirten Erbschaft ganz willkürlich — also auch ohne alle haltbare Gründe und aus bloßem Eigensinn — zu weigern. Denn daß es ihr nicht freistehen würde, einer ipso jure sofort erworbenen Erbschaft ohne den Consens ihres Ehemannes wieder zu entsagen, das ist als eine nothwendige Folge ihrer Unfähigkeit zu allen einseitigen Veräußerungen,

Sachsenspiegel I, 31, 45

unbestritten, und selbst bei einer bloß deferirten Erbschaft würde es eben deßhalb mindestens bedenklich seyn, einen einseitigen positiven Verzicht, wodurch sie des ganzen Rechts aus der Delation definitiv verlustig gienge, für gültig zu halten.

vgl. *J. C. Stieglitz*, diss. de eo quod uxores in praejudicium maritorum facere possunt. Lips. 1711. §. 23.

Em. Tenzel, diss. de cura maritali. Erford. 1720. §. 38 Nota 34.

So gering nun aber auch der praktische Unterschied zwischen dem definitiven Ausschlagen und dem Nichtantreten einer deferir-

Digitized by Google

ten Erbschaft erscheint, so wenig würde sich doch aus der Unfähigkeit der Frau zu dem einen schon ein Zwangsrecht des Mannes in Beziehung auf das andere ableiten lassen, da die Erbschaftsantretung nach dem jetzt geltenden römischen Rechte bekanntlich eine freie, höchst persönliche Handlung ist, welche auch durch Stellvertreter gar nicht einmal vollzogen werden kann.

Fr. 90 pr. de acq. hered. (29, 2); fr. 54 pr. de A. R. D. (41, 1).

Ebenso wenig dürfen aber auch die sonstigen specielleren Rechtsgründe, aus welchen jenes Zwangsrecht des Mannes, und eine Befugniß des Richters, die Erbschaftsantretung der Frau zu suppliren, oder in contumaciam für geschehen zu erklären, abgeleitet werden möchte, als genügend anzusehen seyn. So viel nämlich

A) das in einigen älteren Statuten anerkannte körperliche Züchtigungsrecht des Ehemanns gegen seine Ehefrau anbelangt, so braucht dabei kaum erwähnt zu werden, daß mit Ausnahme der älteren hamb. Statuten

von 1270 III. 8.
„ 1292 E. 8.
„ 1497 J. 5.

und der mit diesen hierin wörtlich übereinstimmenden Statuten von Stade

Pufendorf, observ. T. I p. 181.

bei diesem Züchtigungsrechte hauptsächlich nur die Gränzen der Straflosigkeit gesetzlich bestimmt worden sind; indem es, auch abgesehen davon, schon klar ist daß aus der Rechtmäßigkeit einer körperlichen Züchtigung an sich noch keineswegs die Rechtmäßigkeit alles desjenigen, wozu die Frau durch Anwendung dieses Mittels etwa factisch gezwungen werden könnte, folgen würde. Nur die Rechtmäßigkeit dieser zu erzwingenden Handlung aber würde da, wo ein gerichtlicher Zwang an die Stelle der Selbsthülfe des Ehemannes treten sollte, in Betracht kommen dürfen.

B) Ebenso wenig kann ferner die eheliche Vogtschaft, welche dem Manne über die Person und das Vermögen der Frau zugeschrieben wird, hier als ein ausreichender Rechtsgrund

Digitized by Google

angesehen werden. Denn in Beziehung auf die Person der Frau ist diese Vogtschaft überhaupt sehr unbestimmt, und hier, wo eine Vermögensangelegenheit in Frage steht, jedenfalls nicht entscheidend; in Beziehung auf ihr Vermögen aber erstreckt sich diese Vogtschaft doch eigentlich nur über das wirklich gegenwärtige, nicht aber über das künftige Vermögen der Frau, und von dem einen läßt sich nicht geradezu auf das andere schließen. Dafür entscheidet nämlich schon die Analogie derjenigen Rechte, welche dem Gläubiger an dem gesammten Vermögen eines in Concurs gerathenen Schuldners zustehen, indem diese ebenfalls den Schuldner zwar hindern können, einer ipso jure ihm zugefallenen Erbschaft wieder zu entsagen, nicht aber ihn zu zwingen vermögen, eine ihm bloß deferirte Erbschaft durch Antretung zum Besten der Gläubiger zu erwerben.

Fr. 67 §. 1. 2 ad Sct. Trebell. (36, 1).

Auf ähnliche Weise würde auch der Ehemann, welchem die Frau ihr ganzes, sowohl gegenwärtiges als zukünftiges Vermögen zur Dos bestellt hätte, dennoch daraus kein Zwangsrecht zur Antretung einer ihr bloß deferirten Erbschaft herleiten können, was hier gleichfalls als eine erhebliche Analogie betrachtet werden muß.

C) Wollte man endlich das Zwangsrecht des Mannes aus dem ihm nach Sitte und Herkommen gebührenden Rechte auf häusliche Dienstleistungen der Frau und auf ihre Beihülfe zur Erhaltung und Vermehrung des Vermögens ableiten, so würde dieß theils durch die Rücksicht, daß die der Frau obliegenden Dienste sich in der Regel auf das Hauswesen beschränken, und nur unter besonderen Umständen auch auf die Erwerbsmittel des Mannes zu erstrecken sind, theils wegen der wesentlichen Verschiedenheit zwischen einer Dienstleistung und einem freien juristischen Erwerbungsacte, wie die Erbschaftsantretung es ist, bedenklich erscheinen.

Wenn es nun dem bisherigen zufolge, und namentlich auch nach der Autorität des schon oben erwähnten neuesten Schriftstellers über das deutsche eheliche Güterrecht, sehr bedenklich erscheint, dem Ehemanne überall ein solches Zwangsrecht gegen

Digitized by Google

seine Frau zur Antretung einer Erbschaft zuzusprechen, so muß um so mehr

II) jedenfalls auf die besonderen Nebenumstände des vorliegenden Falls und auf die daraus hergeleiteten Weigerungsgründe der Frau gegen die ihr zugemuthete Erbschaftsantretung Rücksicht genommen werden. Denn daß es überhaupt auf solche Weigerungsgründe wohl ankommen dürfe, das liegt schon in der Natur der hier obwaltenden Verhältnisse, da von einer Handlung die Rede ist, bei welcher das Interesse beider Parteien wesentlich betheiligt ist, und da das imperium maritale sich doch niemals so weit erstrecken darf, daß der Ehemann bloß seinen eigenen Vortheil mit Beiseitesetzung aller der Frau gebührenden Rücksichten verfolgen dürfte. Demnach kann denn auch der Richter, sobald dessen Hülfe von dem Ehemanne in Anspruch genommen wird, niemals verbunden seyn, sich zum bloßen Werkzeug seiner Willkür gebrauchen zu lassen, vielmehr darf er in solchen Fällen sich stets sein eigenes freies Ermessen vorbehalten.

Nun aber muß

A) vor allem schon die hier obwaltende Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett als ein sehr erheblicher Weigerungsgrund der Ehefrau angesehen werden. Denn wenn auch durch eine solche Scheidung die ehelichen Güter-Verhältnisse im allgemeinen nicht verändert werden, so fallen doch durch dieselbe alle rein persönlichen Verhältnisse unter den Ehegatten einstweilen hinweg, mithin auch alle diejenigen Ansprüche, welche der Mann nur mittelst seines persönlichen Uebergewichts hätte geltend machen können. Dazu kommt aber auch noch

B) daß sich aus der Lage der Verhältnisse hinreichend ergibt, wie sehr es für jetzt dem Interesse der Appellantin entgegen seyn würde, die Erbschaft ihrer verstorbenen Schwester anzutreten, und so die Benutzung derselben ihrem Schwager zu entziehen, dessen Unterstützung ihr, seitdem sie die Wohnung ihres Mannes verlassen hat, so wesentlich zu gute gekommen ist. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß das Nichtantreten der ihr deferirten Erbschaft sie für die Zukunft wohl anderweitig gefährden könnte,

Digitized by Google

allein diese künftige Gefahr muß ihr selber zur Erwägung überlassen bleiben, während es dem Richter genügen darf, daß es jetzt nichts weniger als ein reiner Eigensinn ist, wenn sie ihrem Ehemanne gegenüber die Antretung der Erbschaft verweigert.

Dabei kann denn auch den speciellen Gegengründen des Ehemanns kein besonderes Gewicht beigelegt werden. Denn daß

1) die Trennung der Ehegatten nur temporär verfügt worden ist, und ihre Wiedervereinigung möglicherweise im Junius 1842 stattfinden könnte, hebt natürlich das Recht der Ehefrau, unter den jetzt obwaltenden Umständen ihrem eigenen Interesse gemäß zu handeln, nicht auf.

2) Das Erbieten des Appellaten, das Erbschaftscapital sicher zu belegen und dessen Zinsen mit der Appellantin zu theilen, würde zwar den Anschein der Billigkeit für sich haben, wenn ihm bereits ein wirkliches Recht an der noch nicht erworbenen Erbschaft zugesprochen werden könnte; da aber, dem obigen zufolge, dieß nicht der Fall ist, so kann auch darauf hin ein Zwangsrecht gegen die Klägerin zum Erwerbe der Erbschaft nicht gegründet werden.

Die Compensation der Kosten aller drei Instanzen ergibt sich von selbst aus dem verschiedenen Inhalt der in der Sache ergangenen Erkenntnisse.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 20 Juli 1841 in der Brem. S. Lürssen c. uxorem. (Hei.)

302.

Eheliche Gütergemeinschaft; Fortdauer derselben bei Domicilveränderungen; Aufhebung derselben durch *facta concludentia*.

Vgl. Bd. 1 Nr. 152; Bd. 7 Nr. 137.

Die Eheleute Borgstede waren unmittelbar nach ihrer Verheirathung nach Bremen gezogen, wo allgemeine eheliche Gütergemeinschaft gilt, welcher auch sie sich unterwarfen. Nach längerer Zeit verlegten sie ihren Wohnort nach Leesum im Hannover'schen, an welchem Orte das römisch-rechtliche Dotalrecht die Regel

Digitized by Google

bildet. Hier übernahm die Ehefrau Borgstede, unter Verzichtleistung auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten, die Bürgschaft für verschiedene von ihrem Ehemanne contrahirte Schulden. Als dieser später in Concurs gerieth, entstand zwischen der Ehefrau des Cridars und dem bestellten Concurscurator, in Bezug auf die von der ersteren geltend gemachten Vindicationsansprüche, ein Rechtsstreit, bei welchem es sich vorzüglich darum handelte, ob die Gütergemeinschaft zwischen den Borgstede'schen Eheleuten bis zum Ausbruche des Concurses fortbestanden, oder nicht. Der Proceß fand seine Erledigung durch das nachstehende Erkenntniß des OAG. zu Celle, hinsichtlich dessen nur zu bemerken ist, daß die verschiedenen einzelnen Differenzen zumeist erst im Beweisverfahren in Anregung gekommen waren, als in diesem bei der Eideszuschiebung über die speciellen relevanten facta controvertirt wurde.

„Eine allgemeine eheliche Gütergemeinschaft, in welche die Klägerin durch die nach ihrer Verheirathung in Bremen erfolgte Niederlassung geständigermaßen getreten ist, wird durch eine spätere Verlegung des Domicils, mithin auch die, welche die Klägerin und ihr Ehemann nach Leesum vorgenommen haben, für sich allein nicht aufgehoben, wenngleich an dem neuen Wohnorte nicht die eheliche Gütergemeinschaft, sondern das Dotalrecht gemeinrechtliche Anwendung findet.[1]) Solchem nach ist also zur Fortsetzung der bestehenden Gütergemeinschaft eine ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Absicht der Eheleute überall nicht erforderlich, mithin durch einen auf das Gegentheil (den Mangel einer derartigen Erklärung) gerichteten, von der Klägerin abzu-

1) In einem am 8 Jan. 1845 in vim legis durch die (hannover'sche) Gesetzsammlung publicirten Präjudize ist vorgeschrieben:

Für das Rechtsverhältniß der Eheleute in Ansehung ihres Vermögens ist die Veränderung ihres bisherigen gemeinschaftlichen Wohnortes für sich allein, wenn nicht etwa an dem neuen Wohnorte hinsichtlich der Vermögensverhältnisse unbedingt gebietende Gesetze Gültigkeit haben, oder von Seiten der Eheleute darüber neue Verabredungen getroffen werden, ohne Einfluß.

Digitized by Google

leistenden Eid die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht erweislich zu machen.

Anlangend ferner die von der Klägerin eidlich zu erhärtende später erfolgte Aufhebung der bestandenen Gütergemeinschaft, so ist eine Absicht der Eheleute, dieselbe stillschweigend aufzuheben, aus einer von der Klägerin für den Gemeinschuldner vorgenommenen Verbürgung und Entsagung auf die ihr zustehenden weiblichen Rechtswohlthaten und Dotalrechte nicht abzunehmen, da durch diese Handlungen ebenso gut nur eine verstärkte Sicherheit der betreffenden Creditoren bezweckt seyn könnte.

Im übrigen genügt es nach dem rechtskräftigen Beweissatze, wenn die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft überall nur vor der Eröffnung des Concurses erfolgt seyn sollte. Auch hat der Beklagte die Gültigkeit einer derartig erfolgten Aufhebung aus dem Grunde einer vorhanden gewesenen Ueberschuldung (des ꝛc. Borgstede) nicht angefochten. Jedenfalls könnte auch eine vorhandene Ueberschuldung für sich allein, ohne eine gleichzeitige, nicht einmal behauptete, Kenntniß derselben auf Seiten der Klägerin, nicht in Betracht kommen, und überdieß eine unter solchen Umständen erfolgte Aufhebung der Gütergemeinschaft nur von Seiten derjenigen Gläubiger angefochten werden, welche durch dieselbe verletzt zu seyn behaupten möchten.

Der von der Klägerin auszuschwörende Eid ist demnach auf eine vor Ausbruch des Concurses durch wechselseitige Uebereinkunft erfolgte Aufhebung der Gütergemeinschaft, ohne sonstige Beschränkung hinsichtlich der Zeit, zu richten."

Erk. vom 31 Oct. 1843 in S. der Ehefrau des Kaufmanns Borgstede w. den Borgstede'schen Concurscurator, in pto. vindicationis. (Hdf.)

303.

Wird das durch *minus plena adoptio* begründete Verhältniß durch Verheirathung der Adoptivtochter aufgehoben?

Aus den Motiven eines oberrichterlichen, in III. Instanz lediglich bestätigten Erkenntnisses entnehmen wir was folgt:

Digitized by Google

Von Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Entlassung aus derselben kann natürlich bei der adoptio minus plena keine Rede seyn, weil bei dieser der Adoptivvater die väterliche Gewalt überall nicht erhält.

C. 10 §. 1 de adopt. (8, 48).

Indessen wird doch die Auflösung dieses Adoptivverhältnisses in dem angeführten Gesetze auch mit dem Ausdrucke emancipatio bezeichnet, und es kann daher wohl behauptet werden daß, wenn in dem Adoptionsverhältnisse eine der Emancipation gleichzustellende Veränderung vorgenommen wird, alsdann auch die Adoption keine weiteren Folgen habe. Die Verheirathung der Töchter enthält nun nach röm. Rechte für sich allein keine Emancipation, und wenn gleich verschiedene Rechtslehrer der Ansicht sind, daß nach heutigem Rechte die väterliche Gewalt durch Verheirathung der Töchter ohne weiteres aufgehoben werde, so würde daraus doch nicht gefolgert werden können, daß diese Art der Aufhebung der väterlichen Gewalt nun in jedem Falle die Folgen einer wirklichen Emancipation mit sich führe. Es muß vielmehr gerade bei der Adoption auf die Absicht der Interessenten ankommen, ob mit der Verheirathung eine Aufhebung des unter ihnen begründeten Verwandtschaftsverhältnisses bezweckt sey oder nicht. Im vorliegenden Falle geht es nun aus dem zu den Acten gebrachten Testamente genügend hervor, daß bei der Verheirathung der Adoptirten von Seiten des adoptans eine Auflösung des Adoptivverhältnisses keineswegs bezweckt worden; denn offenbar betrachtet letzterer in dem nach der Verheirathung errichteten Testamente diese noch als Tochter. Es muß daher auch das Adoptionsverhältniß als noch fortbestehend angenommen werden. . . .

Erk. des (vormal.) Oberlandesgerichts zu Wolfenbüttel vom 14 Jänner 1840, pure bestätigt durch Erk. des dortigen OAG. vom 28 Mai 1841. Zeitschrift für Rechtspflege im H. Braunschweig. Jahrg. II Nr. 7 S. 111 f.

Digitized by Google

304.

Verträge zwischen Vater und Hauskind.

Vgl. Bd. 1 Nr. 353; Bd. 7 Nr. 195; Bd. 9 Nr. 44.

Nach dem Vortrag des Klägers haben die Beklagten im April 1836 an ihre, damals noch minderjährige und bei ihnen lebende Tochter Marie die in der Klage bezeichneten Immobilien unter den daselbst angegebenen Bedingungen für 2000 fl. verkauft, welche zu der in der Klage bezeichneten, nun eingetretenen Zeit übergeben werden sollten. Der Kläger, welcher kurz nach dem Kaufe diese Tochter der Beklagten heirathete und in der Ehe mit ihr ein Kind zeugte, tritt nun, nachdem zuerst seine Ehefrau und dann das von ihr geborene Kind gestorben ist, als Erbe des letzteren gegen seine Schwiegereltern klagend auf, indem er mittelst der Contractsklage aus dem im April 1836 abgeschlossenen Kaufvertrage Herausgabe der fraglichen Liegenschaften gegen Zahlung des Kaufpreises verlangt. Die Beklagten stellen den Abschluß und die gerichtliche Protokollirung dieses Kaufvertrags in Abrede, und behaupten ferner daß dieser Vertrag nichtig sey, weil nämlich die Tochter der Beklagten zur Zeit des Vertragsabschlusses erst 20 Jahre alt, noch minderjährig und in der Gewalt ihrer Eltern gewesen sey.

Dieser Einwand wurde für begründet erachtet, „denn die unbestrittene Minderjährigkeit der Ehefrau des Klägers, welche sich zur Zeit der Eingehung des Vertrags noch bei ihren Eltern im Hause, mithin in väterlicher Gewalt befand und die hiernach vorhandene Personeneinheit zwischen ihnen mußte allerdings die Eingehung des fraglichen Vertrags mit Rechtswirkung unmöglich machen, [1]) indem im Allgemeinen Rechtsgeschäfte zwischen dem

1) Vgl. indessen zu dem in Bd. 1 S. 388 Note angeführten Schriftstellern noch Bluntschli, deutsches Privatrecht Bd. 2 §. 176 S. 323: „Da das deutsche Recht die Persönlichkeit des Kindes keineswegs in der des Vaters aufgehen läßt, sondern anerkennt, so steht auch einem Vertrage zwischen Vater und Kind nichts entgegen. Nur bedarf dann das Kind, insofern es dadurch verpflichtet wird, des Schutzes und der Vertretung durch

Digitized by Google

Vater und dem in väterlicher Gewalt ſtehenden Kinde eingegangen, ungültig ſind,

fr. 2 de contr. emt. (18, 1),

und die Ausbildung des Peculienrechts von dieſem Grundſatze im weſentlichen keine Aenderung bewirkt hat; abgeſehen natürlich von den Fällen, bezüglich welcher in unſeren Geſetzen (wie z. B. bei Vermögensübergaben der Eltern an die Kinder) unter Vorſchrift beſtimmter Formen Ausnahmen begründet ſind. Das Vorbringen des Klägers in der Replik, daß der mitbeklagte Vater ſeine Tochter bereits vor dem Abſchluß des fraglichen Kaufvertrags ſeiner Gewalt entlaſſen und auf letztere verzichtet habe, wodurch er dieſem Einwand zu begegnen meint, kann keine Beachtung finden, da nach deutſchem Rechte die Entlaſſung aus der väterlichen Gewalt in der Regel erſt durch Einrichtung eines ſeparaten Haushalts erfolgt, und, wenn man auch annehmen wollte, daß dieſe Entlaſſung auch in anderer Weiſe durch einen beſtimmten öffentlichen Act erfolgen könnte, das Vorbringen des Klägers, wie dieſes bei der erſt 20jährigen Tochter der Beklagten geſchehen ſeyn ſoll, aller näheren Begründung entbehrt. Der fragliche Vertrag erſcheint deßhalb als nichtig."

Erk. des Hof- und Appellationsgerichts zu Wiesbaden vom 13 Mai 1851 (Georg E. zu B. w. Chriſtian F. und deſſen Ehefrau zu S.), beſtätigt unter Bezugnahme auf obige Motive durch Erk. des OAG. daſelbſt. (Lo.)

---

einen außerordentlichen Vormund." Beſeler, Syſtem des gemein. deutſch. Priv.-R. Bd. 2 §. 135 S. 393: „Das beſondere Rechtsverhältniß zwiſchen dem Vater und den in ſeiner Gewalt befindlichen Kindern und zwiſchen den letzteren, welches man als unitas personarum zu bezeichnen pflegt, findet nach heutigem Rechte nicht ſtatt, die genannten Perſonen können vielmehr jetzt, wie nach den Grundſätzen des älteren deutſchen Rechts, gültige Verträge mit einander abſchließen, nur daß dem minderjährigen Hausſohne, wenn der Vater mit ihm contrahirt, zu dieſem Acte ein beſonderer Vormund beſtellt werden muß." Vgl. auch die in Bd. 7 S. 229 angef. Autoren, und Dollmann in den Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 14 S. 129 f. — S.

305.

Haftbarkeit des Hausvaters aus Handlungen seines Sohnes, insbesondere für dessen Schulden in der Universitätsstadt.

Vergl. die flg. Nr.

Aus den Motiven eines oberstrichterlich bestätigten Obergerichtserkenntnisses entnehmen wir was folgt:

Die Gründe, aus welchen der Hausvater durch die Handlungen seines Sohnes als Selbstschuldner verpflichtet wird, beruhen nach den Gesetzen (abgesehen von dem Falle der Hingabe eines s. g. peculii profectitii) sowohl auf einem von dem Vater sey es nun seinem Sohne oder dem Gläubiger direct ertheilten Auftrag zur Abschließung von Verträgen, als auch auf einer stattgehabten Bereicherung des Vaters durch Ersparung erforderlicher Ausgaben oder eine auf andere Art erfolgte nothwendige oder nützliche Verwendung zu Gunsten desselben.

Vergl. Thibaut, Archiv für civil. Praxis Bd. 12 S. 174 u. flg.

Der Natur der Sache nach enthält nun die Bestimmung des Beklagten, daß sein Sohn die bezeichnete Lehranstalt besuche, auch die Einwilligung des Beklagten in die diesem Zweck gemäß von seinem Sohne (bei welchem, da er noch unter väterlicher Gewalt steht, ein selbständiger Vermögensbesitz nicht unterstellt werden kann) übernommenen Verbindlichkeiten, namentlich also für Kost, Logis und Kleidung, und es wird hinsichtlich derselben

1) nicht allein die actio de in rem verso, da der Vater seinen Kindern außer den zur Fristung des Lebens erforderlichen Alimenten auch den ihrem Stande entsprechenden Aufwand (alimenta civilia) zu stellen hat, sondern

2) selbst die actio quod jussu, zu welcher jede generelle, nicht einmal an die Form eines Befehls gebundene Einwilligung des Hausvaters hinreicht,

vgl. fr. 1 §. 1 quod jussu (15, 4)

gegen den Vater und Beklagten begründet.

Abgesehen aber auch von diesem allgemeinen Auftrage, wird in den Gesetzen der Vater für einen von dem Sohne gemachten

Digitized by Google

nothwendigen Aufwand nach allen von dem letzteren eingegangenen Bedingungen für haftbar erklärt.

Fr. 5 pr. de in rem vers. (15, 3).

Seuffert, Pand. Recht. (ed. 1) Bd. 3 S. 69.

Schweppe, Röm. Priv. Recht 4te Ausgabe Bd. 4 S. 70 Note 4.

Wenn gleich die neben dem täglichen Mittag- und Abend-Essen gemachten Anschaffungen für Thee, Sauerwasser, Eier und dergl. unter allen Umständen und ohne weiteres nicht zu den nothwendigen Ausgaben gerechnet werden können, so ist doch die Haftbarkeit des Beklagten für diese Ausgaben nicht zu bezweifeln, weil eine Beschränkung seines Sohnes auf den nothwendigsten Lebensunterhalt nicht unterstellt werden kann, vielmehr nach den vorwaltenden Umständen anzunehmen ist, daß der Beklagte einwilligte, wenn sein Sohn solche, weder luxuriöse, noch seinem Standesverhältnisse unangemessene Anschaffungen machte. Da indeß nach Vorstehendem nur die Bestreitung eines nothwendigen oder doch solchen Aufwandes, welcher sich als Folge der dem Sohne von seinem Vater ertheilten Autorisation zur Wahl eines besonderen Standes darstellt, ohne eine specielle Einwilligung des Beklagten eine Schuld des letzteren zu begründen vermag, so können die weiter eingeklagten Darlehen, bei welchen sich weder der Zweck der Aufnahme noch die Verwendung ersehen läßt, dem Beklagten nicht zum Ersatz hingewiesen werden, und ist die Klage also insoferne unbegründet.

Erkenntniß des Civilsenats des Hof- und Appellationsgerichts zu Wiesbaden vom 21 Februar 1845, bestätigt durch Erkenntniß des OAG. daselbst vom 29 August 1845 in Sachen Herrmann w. Krekel. (Lo.)

Digitized by Google

306.

Von der Verpflichtung des Vaters, die Schulden des in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kindes zu berichtigen.

Vgl. die vorige Nr.

In einer Rechtssache handelte es sich um eine Schuld des Sohnes des Beklagten, welche derselbe während seines Aufenthalts in X. bei einem Gastwirthe daselbst gemacht hatte, wobei zu bemerken, daß ihm in dieser Zeit behufs Gewährung seines Unterhaltes von dem Vater ein annuum verabreicht worden. Der Beklagte war unter anderem aus dem Standpunkte

1) der actio de in rem verso resp. negot. gestorum actio,

2) der actio quod jussu

in Anspruch genommen. Hierüber entnehmen wir aus den ober- resp. oberstrichterlichen Entscheidungsgründen, was folgt:

1) Der Vater ist verpflichtet, seine in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder zu alimentiren, und wird nur in dem einzigen Falle von dieser Verpflichtung befreit, wo dieselben ein so bedeutendes Vermögen besitzen, daß sie sich von den Früchten der eigenen Sachen erhalten können.

Wenn daher ein Dritter einem Hausſohn die standesmäßigen Alimente vorschießt, so hat er gegen den Vater, dem er eine Ausgabe erspart, resp. an dessen Stelle er gehandelt hat, ein Rückforderungsrecht, sowohl mittelst der aus dem in Bezug auf den Hausſohn stattgefundenen Geschäfte, etwa Verkauf, entspringenden, durch den Beisatz de in rem verso gegen den Vater zu richtenden Klage,

fr. 3 §. 3 de in rem verso (15, 3),

als auch mittelst der negot. gestor. actio.

Arg. fr. 27 §. 1; fr. 34 de negot. gest. (3, 5).

Erfüllte aber der Vater bereits seine Alimentationspflicht dadurch, daß er dem Sohne behufs Bestreitung der zu seiner standesmäßigen Subsistenz erforderlichen Ausgaben eine jährliche Summe gab, und verschleuderte der Sohn dieses Geld oder machte Schulden über den Betrag dieses seines jährlichen Einkommens hinaus, so kann von einer versio in rem patris nur noch in so

Digitized by Google

weit die Rede seyn, als etwa dem Sohne die natürlichen, allernothwendigsten Bedürfnisse, zu deren Gewährung der Vater immer noch verpflichtet blieb, gereicht wurden; außerdem aber hat derjenige, welcher dem verschwenderischen Hausſohne mehr als das Nothwendigste vorschießt, weil der Vater zu der Wiederholung seiner Ausgaben nicht verpflichtet erachtet werden kann, ein Rückforderungsrecht gegen den Vater nicht.

Vgl. Thibaut, System. §. 287 Nr. 1 der 8ten Aufl. Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 2 Abschn. 2 §. 129, 130.

Da nun die geltend gemachte Forderung für Speisen und Getränke im Verhältnisse zu dem Zeitraum, während dessen dieselbe entstanden seyn soll, offenbar das Maß der nothwendigsten und dringendsten Bedürfnisse übersteigt, so kann auch die angestellte Klage in ihrem ganzen Umfange aus dem Gesichtspunkte einer versio in rem oder negotiorum gestio zulässig nicht erscheinen, sondern dieselbe ist, weil der aliquote Theil der Forderung, welcher etwa auf die alimenta naturalia zu rechnen wäre, weder vom Kläger angegeben, noch sonst zu bestimmen ist, im angebrachten Maße abzuweisen.

2) Der Kläger hat ferner behauptet, die Lieferung oder Verabreichung der Speisen und Getränke sey mit Wissen und Willen des Beklagten geschehen, woraus denn weiter folgen soll, daß Beklagter mit der actio quod jussu belangt werden könne.

Vgl. fr. 1 § 3 und 6 quod jussu (15, 4); Thibaut, im Archiv für die civil. Praxis Bd. 12. Abhandl. 10.

Nun ist es den vorhin angeführten Gesetzen nach keinem Zweifel unterworfen, daß, wenn entweder der Beklagte seinen Sohn angewiesen hätte, bei dem N. zu Tische zu gehen, oder wenn er diesen beauftragt hätte, seinen Sohn an den Tisch zu nehmen, oder aber, wenn er nachträglich die geschehene Verabreichung des Lebensunterhaltes in dem Maße, wie solche stattgefunden, genehmigt hätte, dann derselbe für die Schuld verhaftet seyn würde.

Es müssen jedoch, wie aus den Worten des fr. 1 pr. quod jussu (15, 4): „nam quodammodo cum eo contrahitur“ sich ergibt, die Handlungen, aus denen ein Befehl, Auftrag oder

Digitized by Google

Einwilligung des jubens hervorgehen ſoll, ſo geeigenſchaftet ſeyn, daß daraus der Wille des Vaters, reſp. Herrn, ſich ſelbſt verbindlich zu machen, entnommen werden kann. Dieſe Eigenſchaft iſt aber aus den Worten, mit denen der Kläger die Willenserklärungen des Beklagten bezeichnet, nicht zu entnehmen. Denn daraus, daß der Beklagte es gewußt und nichts dagegen erinnert habe, daß N. ſeinem Sohn Getränke und Speiſen verabreiche, läßt ſich noch keine Willensbeſtimmung des Beklagten dahin: ſich ſelbſt aus dieſem Verhältniſſe als Schuldner verpflichtet erachten zu wollen, herleiten; ohnehin iſt der Ausdruck: „mit Willen des Beklagten“ zu allgemein, als daß daraus eine beſtimmte Willensrichtung zu folgern wäre. Die Anführungen des Klägers erſcheinen daher zu unbeſtimmt, als daß dieſelben zum Beweiſe verſtellt werden könnten.

Erk. des vormaligen Oberlandesgerichts in Wolfenbüttel vom 2 April 1844, beſtätigt von dem vormaligen Ober-Appellationsgerichte daſelbſt am 20 Sept. 1844. (R.)

307.

Capital-Einklagung durch den Vormund.

Zur Einklagung fälliger Capitalien die obervormundſchaftliche Genehmigung einzuholen, iſt der Vormund nach gemeinem Rechte nicht verpflichtet.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boſelli). Bd. 1 S. 318.

308.

Erforderniſſe des gerichtlichen Teſtaments. Iſt die Beweiskraft eines Protokolls durch Vorleſung und Genehmigung bedingt?

Vgl. Bd. 3 Nr. 380; Bd. 6 Nr. 266.

In einem Rechtsſtreite wurde die Gültigkeit eines bei Gericht vor Richter und Actuar von dem Teſtator in Selbſtperſon verſchloſſen übergebenen Teſtamentes aus dem Grunde ange-

Digitized by Google

fochten, weil in dem deßfalls aufgenommenen und von den beiden Beamten unterſchriebenen Protokolle nicht beurkundet worden war, daß dasſelbe dem Teſtator vorgeleſen und von ihm genehmigt worden ſey. Nachdem in der zweiten Inſtanz das Teſtament wegen dieſes Formfehlers für ungültig erklärt worden war, wurde in der dritten Inſtanz entſchieden, daß ein völlig gültiges und beweiſendes Protokoll vorliege und das Teſtament daher als ein dem Gerichte gültig übergebenes erſcheine. Dieſe Entſcheidung ſtützte ſich auf folgende Erwägungen:

Ein testamentum judici oblatum bedarf keiner weiteren Förmlichkeiten, als daß es von dem Teſtator in Selbſtperſon bei dem Gerichte als das ſeinige zur Aufbewahrung übergeben worden, und dieſe Uebergabe aus den Gerichtsacten erweislich iſt. Das deßfallſige Protokoll erſcheint nicht als eine Teſtaments-Solennität, ſondern nur als Vorausſetzung der Conſtatirung jener Uebergabe des Teſtamentes durch den Teſtator. Alles, was hinſichtlich der Depoſition eines Teſtamentes von und vor dem Gerichte geſchieht, wird allein des Beweiſes halber vorgenommen. Es kommt alles darauf an, daß durch den öffentlichen Glauben des Gerichts dasjenige bewahrheitet werde, was bei dem ſchriftlichen Privatteſtamente durch die Zeugen und die Erklärung des Teſtirenden in einer beſtimmten Weiſe dargethan werden ſoll, nämlich die Identität der Perſon des Teſtators und ſeiner letzten Willensordnung. Aus dieſem Grunde ſteht auch in der Praxis feſt, daß von dem Richter allein, ohne Zuziehung eines Actuars, ein Teſtament auf- und angenommen werden kann. [1]) Zu dem Weſen eines Protokolles gehört aber keineswegs die Nothwendigkeit von deſſen Vorleſung und Genehmigung, ſo daß es bei deren Unterlaſſung als völlig nichtig erſchiene. Vielmehr iſt es eine allgemeine Rechtswahrheit, daß, was unter öffentlicher Autorität in Sachen des Amtes niedergeſchrieben wird, ſchon an ſich völligen Glauben habe, und, wie bei allen öffentlichen Urkunden, die Ver-

1) Dieſer Satz kann wohl nicht als Beſtandtheil der oberſtrichterlichen Entſcheidung angeſehen werden, weil es im gegebenen Falle an der Zuziehung des Actuars nicht gefehlt hat. IAS.

Digitized by Google

muthung dafür ſtreite, daß der Inhalt der Wahrheit gemäß ſey, ſo daß, wer das Gegentheil behauptet, dieſes beweiſen muß. Aus dieſem Grunde ſtellt man bekanntlich ein bloßes Zeugniß des Richters in Anſehung deſſen, was vor ihm geſchehen ſey, einem von dem Actuar geführten gerichtlichen Protokolle gleich und trägt kein Bedenken, völlig einſeitigen Handlungen des Richters wie z. B. bei dem Präſentatum ſchriftlicher Eingaben, bei in Abweſenheit der vorgeladenen Parteien eingenommenem richterlichen Augenſcheine, bei in Teſtamentsfällen bezeugtem geſunden Verſtande des Teſtators u. ſ. w., vollen Glauben bis zum Beweiſe des Gegentheils beizumeſſen.[2]) Der Viſitations-Abſchied von 1713 §. 27 bezieht ſich nur auf den Reichsgerichts-Proceß, und die Notariatsordnung von 1512 nur auf die kaiſerlichen Notarien, und können deren Beſtimmungen ebenſo wenig als etwa entgegenſtehende für die Protokolle im Civilproceſſe auf Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung finden. Das vorliegende Protokoll iſt daher ein formgerechtes, es enthält den Ort, den Tag und die Stunde der Aufnahme, führt die Gerichtsperſonen in ihrer öffentlichen Eigenſchaft auf und iſt von denſelben unterſchrieben, und dieß muß nach den Grundſätzen über publica fides genügen, um vollen Beweis über den Inhalt des Protokolls zu liefern.

Erk. des OAG. zu Darmſtadt vom 7 Febr. 1855 Nr. 270 Lit. M. (Z.)

309.

Ueber die *testamenti factio passiva* ſolcher Deſcendenten, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers noch nicht concipirt waren.

Vgl. Bd. 8 Nr. 63.

In dem Teſtamente der Steinmetz'ſchen Eheleute iſt die Beſtimmung getroffen, daß die Erbportion der einen, zur Miterbin eingeſetzten, Tochter den Kindern derſelben als ein der Subſtanz

2) Vgl. Note 1.

Digitized by Google

nach völlig unangreifbares Fideicommiß erhalten, die Tochter selbst aber nur den lebenslänglichen Nießbrauch jenes Erbtheils haben solle.

Das einzige, zur Todeszeit der Steinmetz'schen Eheleute lebende Kind jener Tochter derselben war gestorben, worauf die letztere — namentlich unter Berufung auf die über die Einsetzung der postumi geltenden Grundsätze — die fragliche Erbportion von dem gerichtlich bestellten Verwalter derselben herausforderte.

Die Klägerin wurde indessen mit ihrer Klage in angebrachter Maße abgewiesen.

Nachstehend die Entscheidung des höchsten Landesgerichts:

In dem Steinmetz'schen Testamente ist unter den ganz allgemein als Fideicommissare ernannten Kindern der Klägerin ein Unterschied, je nachdem sie vor der Testamentserrichtung oder dem Ableben der Testatoren geboren worden, nicht gemacht. Vielmehr deutet auch die Ausdrucksweise des Testaments, wonach der Klägerin nur der lebenslängliche Nießbrauch zugewiesen ist, darauf hin, daß die Testatoren einen solchen Unterschied nicht beabsichtigt, vielmehr die Substanz des klägerischen Erbtheils den Kindern der Klägerin, falls sie solche hinterlassen werde, haben sichern wollen. Eine solche Anordnung wird aber — bis auf die gegenwärtig nicht in Streit gezogenen, aus dem Pflichttheilsrecht der Klägerin eben abzuleitenden Ansprüche — keineswegs dadurch bedingt, daß die zu Fideicommissaren eingesetzten Kinder der Klägerin bereits zur Todeszeit der Testatoren concipirt gewesen sind. Vielmehr geht aus den gesetzlichen Bestimmungen über Familienfideicommisse die Zulässigkeit einer fideicommissarischen Substitution vorliegender Art zu Gunsten der zur Todeszeit der Testatoren noch nicht concipirten Großkinder derselben mit Bestimmtheit hervor. Ein Grund, diese Bestimmungen auf Singularfideicommisse zu beschränken, liegt nicht vor. Wenn gleich es nämlich seine Richtigkeit hat, daß zur Todeszeit des Erblassers noch nicht concipirte Personen denselben nicht beerben können; wenn gleich ferner der Universalfideicommissar in gewisser Beziehung an die Stelle des Erben tritt, und im gegenwärtigen Falle ein Universalfideicommiß vorliegt: so geht doch

Digitized by Google

daraus allein die Unanwendbarkeit obiger Beſtimmungen auf Univerſalfideicommiſſe keineswegs hervor.

Der Univerſalfideicommiſſar iſt nämlich, obgleich derſelbe auf Reſtitution der Erbſchaft und damit auf Einräumung der den Erben zuſtehenden Rechte zu dringen befugt iſt, dadurch keineswegs von vornherein einem eigentlichen Erben gleichgeſtellt.

Hiernach wird für die Klägerin eine freie Dispoſition über ihr Erbtheil erſt dann eintreten, wenn, was gegenwärtig nicht der Fall, feſtſteht, daß ſie ohne Hinterlaſſung von Kindern verſterben werde.

Erk. des OAG. zu Celle vom 26 Jan. 1855 in S. der Ehefrau Brunckhorſt, gebornen Steinmetz, w. den Steinmetz'ſchen Teſtamentsvollſtrecker und Verwalter des Erbtheils der Klägerin. (Hdſ.)

310.

Der Verſchollene gilt vor Zurücklegung des 70ſten Lebensjahres bis zum Beweiſe des Gegentheils für lebend.

Vgl. Bd. 1 Nr. 160; Bd. 3 Nr. 298; Bd. 5 Nr. 31; Bd. 7 Nr. 356. S. auch oben Nr. 254 und Bl. f. Rechtsanwendung Bd. XIX S. 17 f.

Dem abweſenden A. würde am 20 Oct. 1825 ein Fideicommiß angefallen ſeyn, wenn er dieſen Tag erlebt hätte. Derſelbe war am 19 Juli 1782 geboren und wurde nach Ablauf von 70 Jahren ſeit dem Geburtstage nach vorgängiger Edictalladung, da er nichts von ſich hören ließ, für todt erklärt. Nun traten deſſen Halbgeſchwiſter gegen Verwandte vierten Grades, denen, im Falle A. den obengenannten Tag nicht erlebt haben ſollte, das Fideicommiß accrescirt wäre, klagend auf, und verlangten mit Rückſicht darauf, daß für das Leben des erſt im Jahre 1852 für todt erklärten A. im Jahre 1825 bis zum Beweiſe des Gegentheiles zu vermuthen ſey, als deſſen nächſte Inteſtaterben die Herausgabe des curatoriſch verwalteten Fideicommiſſes. Die Beklagten entgegneten: es müſſe von den Klägern der Beweis geliefert werden, daß A. den 20 Oct. 1825

Digitized by Google

erlebt habe, weil dieser Thatumstand Bedingung für das angesprochene Erbrecht der Kläger sey.

Den Beklagten war hierauf der Beweis auferlegt worden: daß der Abwesende A. bereits vor dem 20 Oct. 1825 verstorben sey. — Dieselben erachteten sich hierdurch beschwert, indem den Klägern der Beweis hätte auferlegt werden sollen, daß A. am 20 Oct. am Leben gewesen sey. Diese Beschwerde wurde in der III. Instanz verworfen aus folgenden Gründen:

Nach einer in Deutschland allgemeinen Praxis wird angenommen, daß ein längere Zeit Abwesender, welcher nach zurückgelegtem 70sten Lebensjahre, ungeachtet gehörig erlassener Aufforderung zur Wahrung seiner Rechte, nichts von sich hören läßt, von diesem Momente an für nicht mehr lebend zu halten sey, wogegen jedoch Gegenbeweis zulässig ist. Ist nun zum Zwecke der Durchsetzung eines Anspruches der Umstand von Interesse, ob der Abwesende während dieser Zeit noch am Leben gewesen sey, so muß für dessen Leben die Vermuthung streiten, und danach derjenige, welcher den früher eingetretenen Tod behauptet, diesen auch beweisen. Denn es entspricht schon dem römischen Rechte, einen als lebend einmal anerkannten Menschen so lange für fortlebend anzunehmen, bis der Eintritt des Todes erwiesen wird. Wenn nun durch Gewohnheitsrecht zur Beseitigung der über das Leben oder den Tod eines Abwesenden bestehenden Ungewißheit das 70ste Lebensjahr als der Zeitpunkt angenommen wird, von welchem an der Abwesende nicht mehr als lebend angesehen werden soll, so ist dadurch umgekehrt in Folge natürlicher Consequenz die Annahme begründet, daß das Leben des Abwesenden bis dahin fortgedauert habe. Ohne diese Annahme würde ein Widerspruch mit der Festsetzung eines bestimmten Zeitpunktes, als anzunehmenden Todestages, vorliegen, da diese Bestimmung unvereinbar mit der Voraussetzung seyn würde, daß der Abwesende dennoch schon vor diesem Tage nicht mehr gelebt habe.

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 27 April 1855 in S. Carrière gegen Weidig zu Butzbach. Lit. W. Conv. 27. Nr. 65. (Z.)

311.

Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen über das Vermögen des eingesetzten Erben. Gültigkeit der Erbschaftsantretung und resp. Anerkennung des Testaments durch den Vormund. Verhältniß der *hereditatis petitio* zur *rei vindicatio*.

Vgl. Bd. 2 Nr. 72, 204; Bd. 3 Nr. 81; Bd. 7 Nr. 74; — auch Bd. 3 Nr. 346; Bd. 5 Nr. 203; Bd. 7 Nr. 69.

Der Hausmann Joh. v. Borstel war ohne Testament mit Hinterlassung eines nicht unbedeutenden, wenn gleich nicht unverschuldeten Hofes gestorben. Die für die nachgebliebenen vier Kinder zur Vormünderin bestellte Mutter setzte die Verwaltung des Hofes fort und errichtete dann eine letztwillige Verfügung, worin sie ihre Kinder zu Erben einsetzte, ihrem Sohne Paul aber den väterlichen Hof für eine Annahmesumme von 3000 Thlr. zuwandte. Der für die eine, noch minderjährige Tochter ernannte Vormund trat für diese die Erbschaft, unter Anerkennung des mütterlichen Testaments, an. Später, nach erlangter Volljährigkeit, verlangte diese Tochter von ihrem gedachten Bruder die Herausgabe des vierten Theils des von dem Vater herrührenden Hofes cum fructibus perceptis et percipiendis, ohne indessen anzugeben, ob sie die hereditatis petitio oder eine rei vindicatio angestellt haben wolle. Sie stützte ihren Anspruch darauf, daß die Verfügung der Mutter über den väterlichen Hof schon mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Vormünderin eine nichtige sey; daß ferner die Ungültigkeit jener Disposition auch aus einem Vergleiche des ihr selbst letztwillig Zugewandten zu dem Werthe des fraglichen Hofes zu folgern sey [1]); daß endlich der durch ihren Vormund, ohne ihren Beitritt und ohne vorgängiges decretum de alienando, erfolgten Anerkennung des mütterlichen

1) Vgl. Mühlenbruchs Pandekten (3te Aufl.) Th. 3 §. 741, namentlich die in Note 4 angeführten Stellen.

Digitized by Google

Teſtaments eine ſie verpflichtende Wirkung nicht beigelegt werden könne [2]).

Oberſtrichterlich wurde entſchieden, daß der Beklagte — abgeſehen von einem beſondern, hier nicht in Betracht kommenden Beweiſe — ſchuldig ſey, den der Klägerin ſchuldigen Inteſtatantheil an dem fraglichen Hofe nebſt näher beſtimmten Früchten zu reſtituiren. Dieſe Entſcheidung ſtützte ſich auf folgende Motivirung:

Die Mutter beider Theile konnte durch eine Auflage an ihre Erben über das dieſen ſchon zu Theil gewordene väterliche Vermögen Dispoſitionen treffen, welche in dieſer Hinſicht als Vermächtniſſe für den Bedachten zu betrachten waren. Indeſſen hätte jedenfalls eine Antretung der mütterlichen Erbſchaft, in Gemäßheit des mütterlichen Teſtaments, ſeitens der Klägerin erfolgen müſſen, falls dieſe den Anordnungen ihrer Mutter nachzukommen verpflichtet werden ſollte.

Dieſem Erforderniſſe iſt nun aber durch die Erbſchaftsantretung und Anerkennung des Teſtaments von Seiten des klägeriſchen Vormundes nicht genügt, weil, wenn auch nach heutigem Rechte der letztere zur Antretung der Erbſchaft für ſeine Curandin für wohl befugt zu halten wäre [3]), dennoch im vorliegenden Falle zu dem fraglichen Acte — welcher für die Klägerin einen Verzicht auf ihren Antheil am väterlichen Hofe, alſo eine Veräußerung enthielt — ein decretum de alienando erforderlich war, deſſen Erlaſſung vom Beklagten nicht behauptet iſt.

Was die Natur der angeſtellten Klage betrifft (die Entſcheidung hierüber war von Einfluß auf die der Klägerin zuzubilligenden Früchte ꝛc.), ſo iſt, in dem Betracht, daß über der Klägerin Erbrecht überall kein Streit iſt, und daß Beklagter nicht als Erbe oder Beſitzer, ſondern in Folge der ihren Erben gemachten Auf-

2) Vgl. Mühlenbruch daſ. §. 700. 2. b.; auch fr. 5 §. 8 de rebus eorum (27, 9).

3) Das vorinſtanzliche Gericht hatte angenommen, daß die ohne Einwilligung der Klägerin durch deren Vormund geſchehene Antretung der Erbſchaft, ausdrücklichen geſetzlichen Beſtimmungen zufolge, ohne rechtliche Wirkung ſey.

Digitized by Google

lage der Mutter über das väterliche Vermögen, also auf den Grund eines Legats, eines Specialtitels, den klägerischerseits in Anspruch genommenen Theil dieses Vermögens zu besitzen behauptet, nicht eine hereditatis petitio, sondern eine rei vindicatio als angestellt anzusehen.

Erk. des OAG. zu Celle vom 6 Oct. 1846 in S. der Ehefrau v. Bargen, geb. v. Borstel, wider Paul v. Borstel, in pto. hereditatis. (Hdf.)

312.

Erbschaftsantretung durch Einklagung einer Erbschaftsforderung.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt vor:

Die Beklagten haben eingewendet, es sey nicht nachgewiesen, daß die Böhm'schen Kinder die Erbschaft ihres Vaters angetreten haben. Aber nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes würde schon in der Anstellung der Klage (durch welche eine Erbschaftsforderung gegen den Schuldner geltend gemacht wurde) eine Erbschaftsantretung, wenn es einer solchen überhaupt bedürfen sollte, liegen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli). Bd. 1 S. 317.

313.

Ueber die Voraussetzungen des Antritts einer nach prätorischem Rechte angefallenen Erbschaft, namentlich bei der Successsion der Ehegatten.

In einem zur Entscheidung in oberster Instanz gelangten Rechtsstreite, in welchem eine Wittwe, die in behaupteter gänzlicher Ermanglung von Blutsverwandten ihres verstorbenen Ehemannes als dessen Erbin auftrat und eine Forderung desselben ausklagte, war über die Voraussetzungen dieses Erbschaftserwerbes zu erkennen, indem vom Verklagten bestritten wurde, daß den gesetzlichen Erfordernissen genügt worden sey.

Digitized by Google

Der oberste Gerichtshof kam hierüber zu folgender Entscheidung:

Eine vermöge prätorischen Rechts zugefallene Erbschaft wird nur dann erworben, wenn der Berufene binnen der gesetzlichen Frist, welche bei der Succession der Ehegatten auf 100 Tage bestimmt ist, seine Absicht, Erbe werden zu wollen, vor Gericht, ausdrücklich oder durch concludente Handlungen zu erkennen gibt.

Da nun ein allgemeiner deutscher Gerichtsgebrauch, wornach dieses Erforderniß wegfiele, nicht angenommen werden kann,

Höpfner, Commentar §. 665, not. 1;

Thibaut, System §. 716 und 1044;

Glück, Intestaterbfolge (2te Aufl.), S. 374, 375 not. 59 u. S. 381 (der sogar einen entgegengesetzten Gerichtsgebrauch behauptet),

die Klägerin aber, wie aus der von ihr abgegebenen Erklärung zu entnehmen ist, die erwähnte gesetzliche Vorschrift nicht befolgt hat, so kann sie ein prätorisches Erbrecht nicht mehr in Anspruch nehmen.

Erk. des OAG. zu Cassel vom 13 März 1834 (3660).
Heuser, Annalen. Jahrgang. II Nr. 4 S. 249.

Nachschrift. Mittlerweile ist Leist's Werk über die bonorum possessio erschienen, worin (§§. 157 — 160) ausgeführt ist, daß die Agnition, insbesondere die Einhaltung der Agnitionsfrist, schon nach Justinians Compilation für die prätorischen Erbclassen, speciell auch für die b. p. unde vir et uxor (§. 159 S. 276), kein nothwendiges Erforderniß mehr war, daß alle von Justinian recipirten Erbclassen den Charakter der Civilerben haben, also nur der civilrechtlichen Antretung bedürfen. Demzufolge und im Hinblick auf Literärgeschichte und Zeugnisse über das praktische Recht,[1]) gelangt Leist für das geltende Recht (§. 185

1) Weder in den Consilienſammlungen, noch in Reichsgesetzen, ebenso wenig in den zahlreichen Stadt- und Landrechten, welche seit der Reception des römischen Rechts verfaßt worden sind, findet sich auch nur der leiseste Anklang von der prätorischen Erbantretung. S.

Digitized by Google

S. 422) zu dem Reſultate: „man kann keinen Augenblick zweifeln, die prätoriſchen Erwerbsregeln für entſchieden unpraktiſch zu erklären.“[2])

314.

Das Daſeyn eines Teſtamentes, klagenden Inteſtaterben gegenüber, in Frage. Beweislaſt.

In den Motiven einer oberſtrichterlichen Entſcheidung wurde geäußert:

Wenn die Beklagten darauf hingewieſen haben, es könne durch Teſtament die geſetzliche Erbfolge geändert ſeyn, ſo verdient dieß keine Berückſichtigung, weil nach heutigem Proceßrechte das Daſeyn einer letztwilligen Verfügung dem klagenden Inteſtaterben gegenüber, als Einrede beſtimmt vorgeſchützt und erwieſen werden muß. Glück, im Commentar B. 7 S. 510; v. Wening-Ingenheim, Civ. R. Buch V §. 192; Bethmann-Hollweg, Verſuche S. 363.

Erk. des OAG. zu Lübeck vom 28 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Boſelli). Bd. 1 S. 317.

315.

Beweis bei Inteſtaterbanſprüchen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 258.

Im Falle der Beſitzer der Erbſchaft ebenfalls ein Verwandter des Erblaſſers iſt, kann der mit der Erbſchaftsklage auftretende

2) Schon *Giphanius* (Explan. in Inst.) hatte gelehrt: „Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bonae possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili.“ Als Nachfolger dieſer Anſicht führt Leiſt unter anderen auf: Hugo, (heut. R. ed. VII. S. 160 Note 1), Schweppe (R. PrR. §. 841), Göſchen (Vorleſungen §. 995.) S.

Digitized by Google

Inteſtaterbe nicht mit dem bloßen Beweiſe der Verwandtſchaft, ſondern nur durch die Erprobung näherer Anſprüche, alſo durch den Beweis der näheren Verwandtſchaft mit dem Erblaſſer durchbringen, da hierin der Grund der Klage beruht, ohne deſſen Beweis ſein Recht vom Richter nicht anerkannt werden darf. Vgl. Glück, Comment. Bd. 7 S. 750 f.; Thibaut, Syſtem §. 740 f.; *Leyser*, med. ad Pand. Vol. II. spec. 98 med. IX. [1])

Erk. des Hof- und Appell.-Gerichts zu Wiesbaden (Ruppert w. Ruppert) v. 15 April 1851, beſtätigt durch Erk. des dortigen OAG. v. 14 Oct. 1851. (Lo.)

316.

Beweispflicht beim Vorhandenſeyn mehrerer mitberufenen Erben.

Vgl. Bd. 8 Nr. 156.

Die Klägerin hatte, obſchon eingeräumtermaßen neben ihr noch fünf erbberechtigte Geſchwiſter vorhanden waren, als angebliche Erbin ihrer Mutter deren ganze Mitgift in Anſpruch genommen, ohne weitere Momente für ihr alleiniges Auftreten geltend zu machen. Das Gericht erſter Inſtanz hatte auf Grund jener actenmäßigen Thatſache den Anſpruch der Klägerin auf $^1/_6$

---

1) Leyſer bekennt die entgegengeſetzte Meinung: »Nihil interest contra cognatum an extraneum agatur. Sufficit utroque casu, cognationis gradum, quo defunctus actori junctus fuit, ostendere. Proximitas tunc praesumitur, nisi reus doceat, se eodem vel propinquiore gradu defunctum attingere. Qui secus sentiunt, revera probationem negativae exigunt contra naturalem rationem.« Vgl. Arndts im Rechtslexicon Bd. 5 S. 220: „Wenn man gewöhnlich ſagt, wofern der Beklagte auch Verwandter des Erblaſſers ſey, ſo müſſe der Kläger auch ſeine nähere Verwandtſchaft beweiſen, ſo iſt mit Recht dagegen bemerkt worden: dem Beklagten liege jedenfalls zunächſt ob, ſein Verwandtſchaftsverhältniß zu beweiſen, und da nun hiebei eben ſo wie bei dem Beweiſe des Klägers ſich zugleich der Grad der beiderſeitigen Verwandtſchaft herausſtellen werde, ſo bedürfe es dann darüber, welche von beiden Parteien nun der nächſte Erbe ſey, nur der richterlichen Beurtheilung.“ S.

Digitized by Google

der liquidirten Forderung beschränkt, weil sie keineswegs als alleinige Erbin ihrer Mutter betrachtet werden könne.

In ihrer Appellation gegen diese Entscheidung machte die Klägerin — unter Berufung auf die hannover'sche declaratorische Verordnung vom 24 Mai 1822. XII. — geltend, daß der beklagte Concurscurator, welcher als Vertreter der Masse als Erbschuldner erscheine, nicht nur das durch ihr Geständniß ins Klare gesetzte Daseyn mehrerer Erbberechtigten, sondern auch, daß diese wirklich Erben geworden seyen, beweisen müsse.

Das Mittelgericht legte denn auch dem entsprechend dem Concurscurator noch einen besonderen Beweis auf, weil die Klägerin nicht zugestanden, daß die Geschwister Erben ihrer Mutter geworden seyen; und diese Entscheidung fand die Billigung des höchsten Landesgerichts — welches sonach in diesem Falle den bereits in den Acten liegenden Beweis der Mitberufung anderer Erbberechtigten nicht für genügend hielt.

Erk. des OAG. zu Celle (2ter Senat) vom 6 März 1844 in S. Ehefrau Bruns, geb. Bostelmann, w. den Bostelmann'schen Concurscurator in pto professi. (Hdf.)

317.

Ueber das *remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo.* Ist dieses Rechtsmittel dem auf eine gewisse Sache eingesetzten Erben zu versagen?

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung findet sich hierüber folgendes ausgeführt:

Das, ursprünglich fiscalischer Zwecke wegen, eingeführte Rechtsmittel (das remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo), welches nach einem Edicte des Kaisers Hadrian benannt ward, bezielt in Folge der von Justinian vorgenommenen Aenderung nur noch das privatrechtliche Interesse des Erben, welchem, damit er nicht durch weitaussehenden Streit an dem Genusse der Erbschaft gehindert werde, für den Fall daß er ein äußerlich fehlerfreies Testament beizubringen vermag, die vorläufige

Einweisung in den Erbschaftsbesitz unter einstweiliger Aussetzung der das Recht betreffenden Fragen verheißen wird. Das Wesen dieses Rechtsmittels beruht daher in der scharfen Sonderung des Possessoriums von dem ihm nachfolgenden Petitorium — wie das durch die Gesetzesworte: „tunc causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur," deutlich ausgedrückt ist.

Es ist besonders unter älteren Rechtslehrern darüber gestritten: ob dieses Rechtsmittel auch dem Legatar, dem es die reichsgerichtliche Praxis beilegte, gesetzlich gestattet sey? Unzweifelhaft dagegen ist nach den Gesetzesworten selbst (ex asse vel ex parte), daß es nicht bloß dem auf das Ganze, sondern auch dem nur auf einen Theil eingesetzten Erben zukomme. Dabei kann es an sich keinen Unterschied machen, ob dieser Theil eine pars quota oder quanta sey; denn, daß dem, welchem auch nur ein bestimmter Gegenstand zum Erbtheile angewiesen worden, die vorläufige Besitzeinräumung ebenfalls besonders nützlich sey — und daß sie bei ihm noch leichter als bei dem Erben einer pars quota realisirt werden könne, leuchtet von selbst ein. Gleichwohl fragt sich, ob nicht — die Ausschließung des Legatars von dem Gebrauche des remedii ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo vorausgesetzt — dasselbe dem auf eine gewisse Sache eingesetzten Erben nach der positiven Rechtsbestimmung in C. 13 de hered. instit. (6, 24), welche diesen dem Legatar gleichstellt — zu versagen sey? Die Frage ist zu verneinen. Denn durch jene Bestimmung hat — wie das auch in der neuesten Zeit die Rechtslehrer anerkennen — keineswegs gesagt werden sollen, daß der in re certa eingesetzte Erbe in jeder Beziehung als Legatar anzusehen, die Erbeigenschaft aber gar nicht in Betracht zu ziehen sey. Derselbe ist vielmehr wahrer Erbe und jedenfalls nur dem Prälegatar gleich zu behandeln, dann aber auch ebenso wie dieser für befugt zu achten, sein Recht auf die ihm zugewiesene Sache durch die actio fam. ercisc. geltend zu machen.

Fr. 17 §. 2 de legat. I.

Steht ihm aber dieses gerade durch die Erben-Qualität bedingte petitorische Rechtsmittel zu, so ist ihm noch weniger jenes nur

poſſeſſoriſche Remedium abzuſprechen. Im gegenwärtigen Falle iſt nun die Klägerin in dem äußerlich völlig fehlerfreien Teſtamente ihres Großvaters unter univerſellem Titel zur Erbin förmlich eingeſetzt; ja ſie iſt, weil ihr die wichtigſten Beſtandtheile des Nachlaſſes, der Hof, die Inventarien und die Mobilien zugetheilt und die Legatarien auf ſie angewieſen worden, ihren Miterben als Haupterbin gegenüber geſtellt. Bei ihr treffen mithin die Vorausſetzungen des Rechtsmittels zu. Findet aber demgemäß ihr Antrag auf Beſitz-Einräumung in dem untadelhaften Teſtamente ſeine geſetzliche und genügende Begründung, ſo können demſelben petitoriſche Einreden, wie ſie aus dem die Berechtigung der Klägerin an Bedingungen knüpfenden Codicille haben entlehnt werden ſollen, wenigſtens im jetzigen Rechtsſtreite nicht im Wege ſeyn. Denn da Juſtinian, der Umgeſtaltung des hadrianiſchen Edicts ungeachtet, die Beſtimmung, nach welcher gegen den poſſeſſoriſchen Antrag nicht einmal die Einrede, daß das äußerlich fehlerfreie Teſtament ruptum, irritum, falsum, inofficiosum ſey, gehört (Pauli rec. sentent. Lib. 3 tit. 5 §. 14.), ſondern zur beſondern disceptatio verwieſen werden ſoll — in ſein Geſetzbuch aufgenommen hat (const. 2. de edicto D. Hadriani toll.), ſo folgt von ſelbſt, daß die gedachten Einreden, welche im günſtigſten Falle nur darauf abzwecken könnten, die im Teſtamente zu Gunſten der Klägerin getroffene Verfügung als durch den Codicill indirect aufgehoben darzuſtellen, keinesfalls Gegenſtand des jetzigen Verfahrens ſeyn dürften.

Erk. des vormaligen Ober-Appellationsgerichts in Wolfenbüttel in Sachen Kükelhahn c. Kükelhahn, wegen Erbſchafts-Beſitzes, vom 20 Febr. 1844. (R.)

318.

Teſtamentariſche Verfügung, die Subſtanz des Vermögens bis zu einem Zeitpunkte nicht anzugreifen.

Aus oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Digitized by Google

Die Beklagten meinen, weil das großväterliche Vermögen ihres Curanden und ein demselben zugefallenes Vermächtniß seiner Tante bis zum zurückgelegten 25sten Lebensjahre des Lemme dessen Disposition entzogen gewesen seyen, so habe Lemme bei Unterzeichnung des Schuldscheins zum Nachtheil der Substanz des Vermögens keine Schuld contrahiren können. Allein die Befugniß des Gläubigers, die Substanz des Vermögens seines Schuldners anzugreifen, kann sich nur nach der Zeit richten, wo um Execution nachgesucht wird. Nach der eigenen Angabe der Beklagten hat aber Lemme sein 25stes Lebensjahr gegenwärtig bereits zurückgelegt, und es sind folglich damit die Beschränkungen aus den angeführten testamentarischen Verfügungen hinweggefallen . . . . . Bei dieser Lage der Sache kann es dahingestellt bleiben, ob einem Gläubiger überhaupt durch testamentarische Verfügungen des Erblassers des Schuldners, wenn sie nicht zugleich zu Gunsten Dritter getroffen sind, das Recht entzogen werden kann, aus dem hinterlassenen Vermögen seine Befriedigung zu suchen. [1])

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Oct. 1852. Frankfurter Sammlung von Römer (Bosselli) Bd. 1 S. 320.

319.

***Fideicommissa pactitia,* Gültigkeit derselben nicht durch Acceptation bedingt. Cautionsleistung bei denselben. Retentionsrecht.**

Vgl. Bd. 3 Nr. 74; Bd. 7 Nr. 68; Bd. 8 Nr. 64.

In einem Erbvertrage, welchen der Hausmann Gartelmann mit seiner (verstorbenen) ersten Ehefrau, geb. Helmcken, im J. 1832 geschlossen hatte, war bestimmt, daß ein zum Vermögen der Ehefrau G. gehörendes Capital von 1800 Thlr. Gold ihrem Ehemanne nur in dem Falle als Brautschatz zufallen und als solcher ver-

1) Vgl. Bd. 3 Nr. 86 mit Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 37 S. 447 f.; Seuffert's prakt. Pand. R. §. 657 Note 5.

Digitized by Google

erbt werden solle, wenn aus der Ehe Kinder hervorgingen, welche zum Heirathen gelangen würden. Für den Fall, daß diese Bedingung nicht eintreten, oder die Ehe kinderlos bleiben würde, sollte das fragliche Capital an die leiblichen Verwandten der Ehefrau G., und zwar zunächst an deren beide Geschwister, den Vollhöfner Joh. Diedr. Helmcken und die Ehefrau Behrens, geb. Helmcken, zurückfallen.

Das über die fraglichen 1800 Thlr. Gold lautende Schuldocument blieb mit Einwilligung der Ehefrau G. in dem Besitze ihres genannten Bruders zurück.

Nachdem die Ehefrau G. mit Hinterlassung von — derzeit unverheiratheten — Kindern gestorben war, verlangte Gartelmann Herausgabe des betreffenden Schuldocuments, welche indessen die nach dem gleichfalls erfolgten Tode des Joh. Dietr. Helmcken angeordnete Helmcken'sche Vormundschaft bis dahin verweigern zu dürfen glaubte, daß Gartelmann die von ihr begehrte cautio fideicommissaria bestellt haben würde.

Ungeachtet der von Gartelmann hiergegen geltend gemachten Einwendungen wurde seine auf Herausgabe der fraglichen Obligation gerichtete Klage oberstrichterlich als zur Zeit unzulässig zurückgewiesen, und zwar aus folgenden Entscheidungsgründen:

Die von der verstorbenen Ehefrau G. zu Gunsten ihrer leiblichen Verwandten getroffenen Bestimmungen enthalten ein bedingtes Fideicommiß, zu dessen gültiger Errichtung eine Acceptation von Seiten des Honorirten auch dann nicht erforderlich ist, wenn ein solches, wie im vorliegenden Falle, bei Gelegenheit eines Erbvertrages, an welchem der Honorirte keinen Antheil genommen hat, angeordnet ist.

Die Befugniß des Honorirten, wegen eines ihm hinterlassenen bedingten Fideicommisses von dem Onerirten eine Cautionsleistung fordern zu dürfen, ist keineswegs bloß auf die durch testamentarische Dispositionen hinterlassenen Fideicommisse zu beschränken (wie dieß der Kläger unter Berufung auf ***Mueller,*** prompt. juris sub voce: Cautio fideicomm. Nr. 14 behauptet hatte); sondern findet bei allen an sich gültig errichteten Fideicommissen, also auch in concreto, Anwendung.

Digitized by Google

Auch können die Beklagten eine solche Cautionsleistung nicht nur mittelst einer angestellten Klage fordern, sondern sind auch befugt, wegen des ihnen an der Forderung qu. zustehenden eventuellen Rechtes, das diese Forderung beziehende Schuldbdocument bis zur Bestellung der erforderlichen Caution zu retiniren.

Erk. des OAG. zu Celle vom 18 Mai 1843 in S. Chr. Gartelmann liberorum nme w. die Helmcken'sche Vormundschaft, sodann die Ehefrau Behrens, Intervenientin. (Hdf.)

320.

Ueber das Wahlrecht des Legatars bei dem *legatum alimentorum*.

Der Uhrmacher B. setzte den Goldarbeiter S. zu seinem Universalerben ein, und legte ihm dabei die Pflicht auf, die Wittwe R. (einen früheren Dienstboten des Testators) mit allen zum menschlichen Leben erforderlichen Bedürfnissen bis an ihr Ende zu versorgen.

Es entstand nun Streit darüber, was die Legatarin in Gemäßheit dieser letztwilligen Bestimmung vom eingesetzten Erben zu fordern berechtigt sey, indem der Onerirte das Vermächtniß in seiner Wohnung erfüllen wollte, was die Legatarin mit dem Bemerken zurückwies, daß sie sich mit demselben nicht vertragen könne. In Erwägung, daß das Wahlrecht des Onerirten hinsichtlich der der Legatarin zu stellenden Wohnung vom Testator in keiner Weise beschränkt worden sey, erkannte das Obergericht: der beklagte Erbe sey schuldig, der Klägerin R. die ihr im Testamente ausgeworfenen Alimente, bestehend in Kost, Kleidung, Wohnung, Holz, Licht und Aufwartung, insoweit letztere nöthig, bis an ihr Lebensende zu verabreichen, dergestalt jedoch, daß er derselben eine ihrem Stande und ihren Verhältnissen angemessene und zu ihrer ausschließlichen Benutzung dienende Wohnung in oder außerhalb seines Wohnhauses stelle, auch sie daselbst verköstige.

Dagegen appellirte die Klägerin an den obersten Gerichtshof, indem sie behauptete, durch die obenerwähnte letztwillige Be-

Digitized by Google

ſtimmung ſey ihr die Wahl überlaſſen worden, im Hauſe des Appellaten oder auswärts zu wohnen. In der Entſcheidung darüber gieng das OAG. von folgenden Gründen aus:

Der Satz, daß bei einem unbeſtimmten Legate dem onerirten Erben das Wahlrecht zuſtehe, iſt in dieſer Allgemeinheit unrichtig. Es iſt vielmehr eine bekannte Regel des neuern röm. Rechts, daß wenn ein unbeſtimmtes Individuum aus einer Gattung vermacht worden, der Legatar das Wahlrecht habe, und nur nicht gerade das beſte Stück nehmen dürfe.

§. 23 Inst. de legat. (2, 20);
fr. 37 pr. de leg. I.

Von dieſer Regel kann jedoch im vorliegenden Falle keine Rede ſeyn. Dem Appellaten iſt durch die in Frage ſtehende letztwillige Dispoſition die Pflicht auferlegt worden, die Appellantin mit allen zum menſchlichen Leben erforderlichen Bedürfniſſen bis an ihr Ende zu verſorgen. Es iſt dieß ohne Zweifel ein legatum alimentorum in dem Umfange wie es z. B. in

fr. 6 de aliment. vel cib. leg. (34, 1)

mit den Worten erwähnt iſt: „legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur.“ Hier gilt die Regel, daß der Erbe hinſichtlich der Art der Präſtation fungibler Sachen an ſich die freie Wahl habe, und nur an die ausdrückliche oder ſtillſchweigende Willensmeinung des Teſtators und dasjenige, was durch das Herkommen oder die Natur der Verhältniſſe feſtſteht, gebunden iſt;

Mühlenbruch, doctrina pand. §. 552,
Vinnius, comm. ad Inst. l. c.,
Donellus, comm. VIII, 19,

wie denn

fr. 4 de tritic. (33, 6),

ſogar noch weiter geht, worin es heißt: „quum certum pondus olei non adjecta qualitate legatur, liberum est heredi, cujus vellet generis oleum legatario solvere.“

Im vorliegenden Falle ſoll der Erbe einen bisherigen Dienſtboten des Erblaſſers mit allen zum menſchlichen Leben erforderlichen Bedürfniſſen verſorgen. Es iſt daher gewiß der Willensmeinung des Teſtators nicht unangemeſſen, wenn beſagter Dienſt-

Digitized by Google

bote, wie bisher von ihm selbst, so nunmehr von seinem Erben behandelt, also ihm in der gemeinschaftlichen Wohnung ein angemessener Aufenthalt angewiesen und er sonst gehörig verpflegt wird. Daß sich die Appellantin nicht mit dem Appellaten vertragen könne, ändert den rechtlichen Grundsatz an sich nicht. Sowenig die Appellantin ein etwaiges Wahlrecht hinsichtlich der Art der Speisen, womit sie verpflegt wird, ausüben könnte, vielmehr nur im allgemeinen das Recht hätte, zu verlangen, daß der Erbe ihr diejenigen Nahrungsmittel gebe, die ihrem Körper und ihren Verhältnissen angemessen sind, ebenso wenig würde ihr ein Wahlrecht unter den Zimmern des Hauses des Appellaten oder gar zwischen diesen und einer auswärtigen Wohnung oder zwischen Natural- und Geldprästationen zustehen. Es treten im vorliegenden Falle auch nicht etwa die Grundsätze einer im Testamente hinterlassenen servitus habitationis ein, da in dem letzten Willen des Erblassers des Appellaten überhaupt nicht von einem an einem bestimmten Gebäude bestell'en Wohnungsrechte die Rede ist. In Gemäßheit dieser (von den Motiven des Obergerichtes abweichenden) Erwägungen kam der oberste Gerichtshof gleichwohl zu dem Resultate, daß Appellantin durch das Erkenntniß der zweiten Instanz nicht beschwert sey.

Beschl. des OAG. zu Kassel v. 18 März 1837 (4078).
Heuser, Annalen. Jahrgang II S. 229.

321.

Notherbenrecht im Verhältniß zu Erbverträgen unter Dritten.

Vgl. Bd. 1 Nr. 89; Bd. 4 Nr. 138, 243 sub b; Bd. 5 Nr. 36.

In einem zwischen zwei Verlobten abgeschlossenen Erbvertrage war die Regel:

„Längst Leib, längst Gut", jedoch mit der Beschränkung festgesetzt, daß wenn die künftige Ehefrau vor ihren noch lebenden Eltern versterben sollte, diese von dem Vermögen ihrer Tochter den gesetzlichen Pflichttheil erhalten sollten. Nach inzwischen erfolgter Ehe trat dieser Fall ein. Die Eltern fochten nunmehr

Digitized by Google

unter Berufung auf das formelle Notherbenrecht jenen Erbvertrag als nichtig an, wurden aber mit ihrer Klage abgewiesen. Namentlich sprach das OAG. zu Celle, in Uebereinstimmung mit der in neuerer Zeit wiederholt zur Geltung gebrachten Ansicht, aus:

Die Rechte etwaiger Notherben sind für die unter dritten Personen abgeschlossenen Erbverträge nur insofern von Bedeutung, als dieselben durch letztere nicht beseitigt oder geschmälert werden können. Jene Rechte bestehen nun, außer dem Pflichttheilsanspruche, eben nur darin, für den Fall der Errichtung eines Testaments entweder zu Erben eingesetzt, oder aus einem gesetzlichen Grunde enterbt zu werden. Einem Erbvertrage geht indessen die Natur eines Testaments insofern vollständig ab, als derselbe — abgesehen von den contractlich dem Mitcontrahenten zu Gunsten Dritter gemachten Auflagen und Beschränkungen — überall nicht die Bestimmung hat, an dem Vertrage nicht betheiligte Personen direct zu Erben einzusetzen oder zu enterben.

Erk. vom 3 Juli 1855 in S. Dohrmann w. Lampe, wegen Erbschaft. (Hdf.)

322.

Meierrecht. Verpflichtung der Geschwister des Stellwirths, gegen Empfang der Abfindung, die Stelle zu räumen.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Der Beklagte kann in dem Falle, wenn der Kläger ihm seine im Vertrage vom ..... festgesetzte Abfindung schon jetzt auszahlt, die Räumung der (Meier-)Stelle nicht verweigern, denn nach den allgemeinen Grundsätzen des Meierrechts muß dem Stellwirthe das Recht beigelegt werden, unter jener Bedingung (der Abfindungs-Auszahlung) von seinen Geschwistern, wenn dieselben zu dem Alter gelangt sind, daß sie sich durch Dienen ernähren können, die Räumung der Stelle zu verlangen,

Digitized by Google

da die Bestimmung, daß die Abfindungen der Geschwister bei deren Verheirathung oder separirtem Hausstande auszuzahlen sind, ein dies zum Besten des Stellwirths ist, und da es zu den größten Unzuträglichkeiten für das Hofregiment und die Wirthschaft führen würde, wenn der Stellwirth gezwungen wäre, die letzteren fortwährend wider seinen Willen durch seine Geschwister zu betreiben, und nicht jenes Mittel hätte, um sein Hauswesen nach seinem Ermessen einzurichten.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 14 Oct. 1841 in der Brem. S. Schlön wider Schlön. (Hei.)

323.

Die s. g. Reallasten erlöschen nicht durch bloße Nichtausübung.

Vgl. Bd. 3 Nr. 3; Bd. 5 Nr. 6.

Es wird zur Begründung der Einrede der Erlöschung der eingeklagten Reallast oder der Verjährung der darauf gerichteten Klage vorausgesetzt, daß die auf den bisherigen Zustand gestützte Leistung in einem bestimmten Falle von dem Berechtigten wirklich angefordert, die Verbindlichkeit zur Leistung wegen Nichteristenz des Rechts von dem angeblich Verpflichteten bestritten worden und die Leistung unterblieben ist. Der bloße Nichtgebrauch ist dagegen ein Erlöschungsgrund für eine existirende Reallast nicht.

Das diesem Rechtssatz folgende Obergerichtserkenntniß wurde oberstrichterlich bestätigt.

„Die bis in die neuere Zeit

vgl. darüber besonders Dunker, Lehre von den Reallasten §. 32 u. 33.

bestrittene Rechtsfrage, ob deutsche Realrechte durch bloße Nichtausübung während der gemeinrechtlich für die Klagenverjährung bestimmten Zeit von 30, beziehungsweise 40 Jahren ihre Klagbarkeit verlieren, muß, wie auch in der hiesigen Praxis feststeht, nach allgemeinen Grundsätzen verneint werden;

vgl. darüber auch Thibaut, Besitz und Verjährung §. 60; Mittermaier, deutsches Privatrecht (6te Ausgabe) Bd. 1 Seite 527 u. 528; Maurenbrecher, deutsches Privatrecht (2te Ausgabe) S. 703 u. 704.

Digitized by Google

daß nun aber eine Nichtausübung nach stattgehabter Verweigerung von Seiten des beklagten Theils eingetreten sey, ist von dem Beklagten, thatsächlich substanziirt, nicht behauptet worden; daher eine Beweisauflage über die Einrede der Verjährung nicht zu machen."

Erk. des OAG. zu Wiesbaden v. 2 Nov. 1853 in S. Kirchspiel Steinzmargrethä w. h. Staatsministerium.

(Lo.)

324.

Der Mahlzwang schließt das Verbot der Mehleinfuhr in sich.

In dem einer Mühle zustehenden Mahlzwange kann an sich freilich so wenig eine ausschließliche Berechtigung des Müllers zum Handel mit Mühlenwaaren, als die einem solchen Rechte entsprechende Verpflichtung der Bewohner des zwangspflichtigen Mühlendistricts, ihren Bedarf an Mühlenwaaren auf der mahlzwangberechtigten Mühle anzukaufen, gefunden werden. Aus der rechtlichen Natur des Mahlzwangs, welcher eben einerseits in der Befugniß des zwangsberechtigten Müllers besteht, ausschließlich auf seiner Mühle den ganzen Bedarf an Mühlenwaaren für die Bewohner des zwangspflichtigen Districts zu bereiten, und andererseits das dieser Befugniß entsprechende Verbot für die Zwangsgäste enthält, zur Fabrication der zu ihrem Verbrauch erforderlichen Mühlenwaaren eine andere als die zwangsberechtigte Mühle zu benutzen, folgt aber mit Nothwendigkeit, daß den Zwangsgästen der Ankauf und die Einfuhr fremder, auf der zwangsberechtigten Mühle nicht bereiteten Mühlenwaaren, ohne rechtswidrige Verletzung des Mahlzwanges, nicht gestattet seyn kann, weil es in der Wirkung völlig gleichbedeutend ist, ob einer Mühle von Seiten der Zwangsgäste durch den Besuch fremder Mühlen oder durch den Ankauf fremder Mühlenwaaren Eintrag geschieht. Daher dürfen die zum Verbrauch der Zwangsgäste erforderlichen Mühlenwaaren von auswärts nicht bezogen werden.

Erk. des OAG. zu Kiel v. 12 März 1842. (P.)

Digitized by Google

325.

Jagdrecht mit Gegenreichniß. Kauf oder Pacht. Folge der Aufhebung durch neues Gesetz.

Vgl. Bd. 8 Nr. 34.

Das Hofspital zu den vierzehn Nothhelfern in W. hatte im J. 1790 dem Landesherrn eine auf der Markung zu O. innegehabte Jagdgerechtigkeit „gegen ein ewiges unabänderliches Bestandgeld von 16 Fl. Fr." abgetreten.

Als nun im Jahre 1848 das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben wurde, verweigerte der Fiscus die fernere Entrichtung dieses Bestandgeldes, wurde aber hiezu von der ersten Instanz und auf ergriffene Berufung auch von der zweiten Instanz aus folgenden Gründen verurtheilt.

Der k. Fiscus bekämpft die Entscheidung der Vorinstanz um deßwillen, weil

1) kein Kauf, sondern ein bloßer Pachtvertrag vorliege,

2) weil ein casus im rechtlichen Sinne nicht gegeben sey.

Beide Anfechtungsmittel sind jedoch rechtlich nicht haltbar.

Zu 1. Der Kauf- und Pachtvertrag haben viele Aehnlichkeit mit einander, wie dieß auch in pr. und §. 3 J. de loc. et cond. (3, 25) anerkannt wird, und dem Kaiser Zeno Veranlassung gab, den contractus emphyteuseos als einen eigenen Contract aufzustellen, und dabei zu bestimmen, daß der gänzliche Untergang der Sache den Herrn der Sache, deren Beschädigung und Verminderung aber den Emphyteuta treffe.

Const. 1. de jure emphyt. (4, 66).

Entscheidend ist die Intention, welche bei dem Kaufvertrage dahin gerichtet seyn muß, den Gegenstand in das Vermögen des Käufers zu bringen, und ihm nicht bloß die Benützung der Sache als persönliches Recht zu übertragen.

Puchta Vorl. über das heut. röm. Recht §. 360, 365.

Nun ist aber in dem Vertrage vom 12 April 1790 die Jagd des Hofspitals auf der Markung von O. „dem f. Oberjagdamt auf ewige Zeiten überlassen" und „soll von demselben Namens des Fürsten" unmittelbar erercirt und genossen werden,

Digitized by Google

„alſo daß ermeldetes Spital nimmermehr einen Anſpruch darauf ſolle zu machen haben.“ Als Betreff wird „die abgetretene Jagensgerechtigkeit“ angegeben.

Das entſcheidende Moment, daß der Gegenſtand, das Recht, in das Vermögen des andern Theils gebracht werden ſoll, iſt alſo gegeben. Zwar wird das Entgeld (die 16 Fl. Fr.) als ein ewiges unabänderliches „Beſtandgeld“ bezeichnet, und der Ausdruck „Beſtand“ iſt gleich conductio, Pacht, Miethe.

Grimm deutſches Wörterbuch. B. I. S. 1652. Nr. 4.
Frankfurter Reform. Th. II. Tit. 14.
Würzb. Landmandaten Th. II. S. 75, 87, 174, 189, 194, 242.

Allein gegenüber der in klaren Worten ausgeſprochenen Abſicht, die Jagdgerechtigkeit für immer in das Vermögen des fr. Aerars zu bringen, vermag der uneigentliche Ausdruck, welcher von dem Preiſe gebraucht worden iſt, das Weſen des Geſchäftes nicht zu verändern.

Bei dem Kaufvertrage aber findet die Regel ſtatt, daß von dem Augenblick der Perfection der Käufer die Gefahr der Sache trägt.

Fr. 5. §. 2. resc. vend. (18, 5);
fr. 8. pr. de peric. (18, 6);
const. 4 eod. (4, 8);
fr. 34. §. 6. de contr. emt. (18, 1).

Es drängt ſich nur die Frage auf, ob nicht die Vorſchrift über die Emphyteuſe in

§. 3. Inst. de locat. (3, 24),
const. 1 de jure emphyt. (4, 66)

anzuwenden ſey, wornach das periculum interitus der dominus, das periculum deteriorationis aber der Emphyteuta tragen, d. h. im erſten Falle nichts mehr zahlen, im letztern aber ſeine Leiſtungen ungeſchmälert forttragen muß.

Man könnte ſagen, es wäre doch ſehr auffallend, wenn eine für den Genuß der Sache zu gebende jährliche Leiſtung auch nach dem Untergange der Sache noch durch alle Zeiten fort abzutragen wäre; hier liege der Gedanke ſehr nahe, auf die jährliche Leiſtung ganz den Grundſatz anzuwenden, welcher bei dem Eintritte einer bedingten Obligation angewendet wird, ſie nämlich nur dann ein-

Digitized by Google

treten zu lassen, wenn bei ihrer Wiederkehr der Gegenstand des Geschäftes noch existirt.

Fr. 8. pr. de peric. (18, 6);

v. Wächter im Archiv für civ. Praxis. Bd. 15. S. 205.

Allein dieser Zweifel beseitiget sich durch die Erwägung, daß hier nicht der bloße Genuß des Rechtes, sondern das Recht selbst überlassen worden ist, und das abtretende Spital nimmermehr einen Anspruch auf dasselbe zu machen haben sollte, während bei der Emphyteuse immer noch das Eigenthum und als Ausflüsse desselben gewisse Rechte, Vorkaufsrecht u. s. w. bleiben.

Zu 2. Unter casus versteht man jede ohne Verschulden des Verpflichteten eingetretene Unmöglichkeit eine Obligation zu erfüllen,

fr. 30. pr. ad leg. Falc. (35, 2); fr. 1. §. 4. de oblig. et act. (44, 7),

und es werden insbesondere Maßnahmen der regierenden Gewalt hieher gerechnet.

Fr. 33. loc. cond. (19, 2); fr. 11. pr. de evict. (21, 2).

Die Anfechtungsgründe des k. Fiscus waren daher zu verwerfen und das Erkenntniß der Vorinstanz zu bestätigen.

Erk. des OAG. zu München vom 13 Jul. 1855. N. R. 598. 53/54. (L.)

326.

Baupflicht der Kirchspielsgemeinden an ehemaligen Klosterkirchen.

Die Abtei St. Peter (Baden) wurde zu einer Zeit gegründet, wo es eine Gemeinde dieses Namens noch nicht gegeben hatte. Diese entstand erst später durch Ansiedlung. Ihre Angehörigen besuchten den Gottesdienst in der Klosterkirche, wurden überhaupt vom Kloster pastorirt und entrichteten den Zehenten an dasselbe. Nach der Aufhebung des Klosters, dessen bedeutendes Vermögen der Staat einzog, wurde eine Pfarrei zu St. Peter errichtet; die Klosterkirche blieb dem Gottesdienste dieser Pfarrei gewidmet. In der Folge wurde das Seminar für junge Geistliche dahin verlegt, eine Pönitentiaranstalt für straffällige Prie-

Digitized by Google

ſter damit verbunden, und die Kirche auch für dieſe Anſtalten benützt.

Gelegenheitlich der Zehentablöſung erhob der großh. Fiscus gegen die Kirchſpielsgemeinde St. Peter eine Klage, mittelbar darauf gerichtet, daß die Beklagte künftig die für ihre Zwecke allzu große, dabei noch dem gottesdienſtlichen Bedürfniß mehrerer Anſtalten dienende Abteikirche, ſowie Pfarrwohnung und Meßnerhaus, künftig zu unterhalten habe. Die Klage wurde jedoch verworfen. Sie wäre, wie der oberſte Gerichtshof annahm, nur dann als begründet erſchienen, wenn es ſich um altvorhandene Kirchengebäude gehandelt hätte, zu welchen die Gemeinde in letzter Ordnung baupflichtig wäre [1]). Dieß iſt jedoch nicht der Fall. Die fraglichen Gebäude wurden nämlich urſprünglich für die eigenen kirchlichen Zwecke des Kloſters errichtet, und von dieſem bis zur Säculariſation erhalten. Weder das eine noch das andere geſchah alſo zunächſt und vorzugsweiſe, viel weniger ausſchließlich für den Nutzen der Gemeinde; dieß aber iſt Vorausſetzung, wenn die Baulaſt für ein beſtimmtes Kirchengebäude in Ermanglung eigener Mittel auf das Kirchſpiel fallen ſoll [2]). Hievon wurde durch die Errichtung der Pfarrei St. Peter nach geſchehener Säculariſation und durch die Widmung der Kloſterkirche zur Pfarrkirche nichts geändert, weil von klagender Seite nicht behauptet werden konnte, daß die Kirche u. ſ. w. bei dieſem Vorgang der Gemeinde zum Eigenthum übergeben, und von dieſer als ſolches angenommen worden ſey.

Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim. Jahrbücher N. F. Jahrg. XIII (1852/53) S. 323 f.

---

1) Bezugnahme auf §§. 6 und 14 des bad. Bau-Edicts.
2) Bezugnahme auf den alleg. §. 14.

Digitized by Google

327.

Die Annahme einer Firma für die gemeinschaftliche Führung eines Handelsgeschäftes begründet die solidarische Haftung der Handlungsgesellschafter.

Nach dem in Sachsen bestehenden Gerichtsgebrauche tritt bei offenen Handelsgesellschaften eine solidarische Verpflichtung der sämmtlichen Theilnehmer am Geschäfte aus den mit dritten Personen eingegangenen, das gemeinsame Geschäft betreffenden Verträgen ein. Der gemeinschaftliche Besitz eines kohlenhaltigen Guts und der gemeinschaftliche Abbau dieser Kohlen begründet aber an und für sich allein noch keine offene Handelsgesellschaft; und somit auch nicht ohne weiteres eine Haftung der einzelnen Besitzer zur ungetheilten Hand. Ohne Zweifel ist aber das Unternehmen dann einer offenen Handelsgesellschaft in Bezug auf diese solidarische Verpflichtuug gleich zu stellen, wenn sich mehrere Personen zu dem Zwecke mit einander vereinigt haben, um entweder auf eigenem, oder, vermöge eines hierzu erlangten Befugnisses, auf fremdem Grund und Boden Kohlen abzubauen und unter Annahme einer kaufmännischen Firma ein Handelsgeschäft mit dem Vertriebe der gewonnenen Kohlen anzulegen.

Erk. des OAG. zu Dresden v. Sept. 1854. Zschft. f. Rpf. u. VW. N. F. Bd. 14. S. 46.

328.

Die solidarische Verpflichtung der Handlungsgesellschafter folgt aus dem Uebereinkommen über die Führung der Firma.

In den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses ist hierüber folgendes ausgesprochen:

Von der Regel, daß mehrere socii aus den Contracten, die sie mit dritten Personen rücksichtlich des gemeinschaftlichen Unternehmens schließen, nur pro rata verpflichtet und berechtigt werden, tritt eine Ausnahme dann ein, wenn die Gesellschafter über die Führung einer Firma für das gemeinsame Geschäft sich ver-

Digitized by Google

einigt haben, und der Contract, sey es nun von den sämmtlichen sociis, sey es von einem von denselben bestellten institor, sey es von einem einzelnen socius, im Namen der Firma abgeschlossen worden ist. Denn in dem Uebereinkommen wegen der Firma liegt die Erklärung, daß alle Geschäfte, die unter der Firma eingegangen worden, als solche zu betrachten seyen, die im Namen und Auftrage der socii geschlossen worden. Die solidarische Verpflichtung jedes einzelnen Gesellschafters für dergleichen unter einer Firma geschlossene Geschäfte ergibt sich hiernach von selbst. Es ist nämlich ein allgemeiner Grundsatz, daß wenn mehrere gemeinschaftlich einen Auftrag ertheilen, gegen jeden von ihnen die Klage auf das Ganze stattfindet.

Fr. 12. §. 7. und fr. 59. §. 3. mand. (17, 1).

Namentlich gilt dieß aber, wenn mehrere Gesellschafter einen institor bestellt haben. Denn hat der institor unter Bezugnahme auf die Societät innerhalb der Gränzen seiner Procura contrahirt, so haftet jeder einzelne Gesellschafter für die Schuld in solidum und ohne ein Recht auf Theilung zu haben,

fr. 13. §. 2. de instit. act. (14, 3); fr. 1. §. 25. und fr. 2. de exercit. act. (14, 1.) fr. 27. §. 8. de pecul. (15, 1),

und es liegt der Grund davon darin, daß der institor bei allen Handlungen, die er Namens der Societät vornimmt, mit dem ganzen Willen eines jeden seiner Principale handelt.

Fr. 4. §. 2. de exercit. act.; fr. 5. §. 1. quod jussu. (15, 4).

Dasselbe Rechtsverhältniß, welches entsteht, wenn die socii wegen Führung einer Firma für das gemeinschaftliche Geschäft sich vereinigt haben, tritt auch dann ein, wenn die socii dahin übereingekommen sind, daß jeder einzelne von ihnen berechtigt seyn solle, Namens der Gesellschaft zu contrahiren. Denn was in dem Uebereinkommen über die Firma stillschweigend enthalten ist, erscheint hier sogar als Gegenstand ausdrücklichen Abkommens.

Erk. des OAG. zu Dresden v. Dec. 1854. Zeitschrift für Rpf u. V.W. N. F. Bd. 14. S. 71.

Digitized by Google

329.

Domicil-Wechsel. Protesterhebung.

W. C. zu Cannstatt stellte dem Grafen S. folgenden Wechsel aus:

> Ein Jahr nach heute zahle ich gegen diesen Solawechsel an Graf S. franko Stuttgart baar die Summe von — ꝛc.
>
> Unter diesem Wechsel steht:
>
> Für obige Schuld verbürge ich mich als Selbstschuldner und Zahler. S. B.

Als nun Graf S. den Wechsel gegen den Bürgen S. B. einklagte, machte dieser unter anderm die Einwendung geltend, daß der Wechsel ein Domicilwechsel sey, daß, da die Zahlung nicht erfolgte, der Wechsel in Stuttgart zu protestiren gewesen wäre, und daß, da letzteres unterlassen worden, der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller erloschen sey.

Diese Einwendung wurde jedoch als ungegründet verworfen. Denn wenn auch, was dahin gestellt bleiben könne, der Wechsel als ein domicilirter zu betrachten wäre, so würde daraus jene Folge sich nicht ergeben, weil der erwähnte Rechtsnachtheil in Art. 99 der allgemeinen deutschen Wechselordnung nur für den Fall ausgesprochen sey, wenn die Protesterhebung bei dem Domiciliaten verabsäumt worden, ein Domiciliat aber in dem vorliegenden Wechsel nicht genannt sey, sondern der Aussteller selbst sich verpflichtet habe, ihn franko Stuttgart zu zahlen. Eine Regreßnahme gegen den Aussteller könne hier nicht vorkommen, weil der Zahler und der Aussteller die gleiche Person sey; ohne einen in Aussicht stehenden Regreß aber sey eine Protesterhebung überhaupt nie geboten. [1])

---

1) Vgl. auch Brauer, die allg. d. W.-O. zu Art. 99; Bluntschli, die allg. d. W.-O. zu Art. 99; Koch, das Wechselrecht, zu Art. 99; Kletke, Wechselgesetzgebung S. 33; Archiv des Wechselrechts. Bd. 3. S. 413.

Digitized by Google

Ueberdieß ſey S. B. als Mitausſteller des Wechſels anzuſehen, welcher, unabhängig von der Perſon des W. Z., die gleichen Verbindlichkeiten wie dieſer übernommen habe. S. B. aber habe ſeinen Wohnſitz in Stuttgart gehabt und von hier aus auch ſeine Wechſelverſchreibung ausgeſtellt.

Entſcheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 10 Jul. 1855. (v. H.)

330.

Unterlaſſene Präſentation eines eigenen Wechſels zur Zahlung.

In vorſtehender Rechtsſache wandten die Beklagten weiter ein, daß der Wechſel, wie gemäß dem Art. 41 und 98 der W.O. hätte geſchehen ſollen, zur Zahlung überhaupt nicht präſentirt, wenigſtens die angebliche Präſentation durch einen Proteſt nicht erwieſen ſey. Auch dieſe Einwendung wurde jedoch verworfen, da für eigene Wechſel in Art. 98. Nr. 6. die Vorſchrift des Art. 41. über Präſentation des Wechſels und den hievon abhängigen Regreß Mangels Zahlung nur gegenüber von den Indoſſanten, nicht aber gegenüber dem Ausſteller als anwendbar erklärt, und ein Proteſt hier, wo es ſich von keiner Regreßnahme handle, überhaupt nicht am Platze ſey.[1])

Entſcheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 10 Jul. 1855. (v. H.)

331.

Werthpapiere auf den Inhaber. Vindication. Beweislaſt über guten oder böſen Glauben des Beklagten.

Nachtrag zu Nr. 206.

Die aus Nr. 206 (Bd. 9) erſichtliche Rechtsſache gelangte noch zur Caſſationsinſtanz. Vom Caſſationshofe wurde ange-

---

1) Vgl. auch Kletke, Wechſelgeſetzgebung S. 31, 32; Archiv des Wechſelrechts. Bd. 3. S. 412.

Digitized by Google

nommen [1]): die Vindication von Werthpapieren auf den Inhaber ſetzt (abgeſehen von den im gegebenen Falle nicht beſtrittenen Erforderniſſen in der Perſon des Klägers) in der Perſon des Beklagten voraus,

1) daß der Beklagte die Werthpapiere beſitze, oder, was wirklichem Beſitze gleich ſteht, ſich des Beſitzes böslicher Weiſe entäußert habe,

2) daß der Beſitz in böſem Glauben erworben geweſen ſey.

Der Satz sub 1 hat die bloße Thatſache des Beſitzes, der sub 2 die rechtliche Qualification desſelben als bösgläubig erworben, zum Gegenſtande.

Beide Momente ſind Bedingungen der vorliegenden Hauptklage auf Vindication der Papiere ſelbſt, eventuell auf das Intereſſe der Klägerin bei doloſer Veräußerung derſelben abſeiten der Beklagten. . . . . Beide Momente müſſen daher von der Klägerin bewieſen werden. Auch bei analoger Anwendung der Vorſchriften über Vindication von Wechſeln findet das nämliche ſtatt. Brauer, Wechſelordnung S. 131 . . . . . Aus Umſtänden, welche die Annahme rechtfertigen, daß Beklagte den Beſitz der fraglichen Werthpapiere dolos aufgegeben habe, kann gleichwohl nicht gefolgert werden, daß Beklagte dieſelben auch böswillig erworben habe. Die böswillige Aufgebung des Beſitzes abſeiten der Beklagten iſt im Verhältniß zur Klägerin als Vindicantin unſchädlich, wenn der Beſitz ſelbſt von der Beklagten gutgläubig erworben war, oder, was die nämliche Wirkung hat, die Bösgläubigkeit des Erwerbes nicht bewieſen wird. . . . . .

Erk. des Caſſationshofs zu Wolfenbüttel v. 4 Sept. 1855. Zſchft. f. Rechtspflege im H. Braunſchweig. Jahrgang II. S. 139 f.

---

1) Hiefür Bezugnahme auf die Analogie Braunſchweigiſcher, über inländiſche Papiere au porteur ergangener Geſetze, nämlich §. 14 des Geſ. vom 15 Dec. 1834 Nr. 17, und §. 9. des Geſ. v. 7 März 1842. Nr. 63.

II. Civilproceß.

332.

Obervormundschaftliche Genehmigung zur Proceßführung.

Vgl. Bd. 7 Nr. 359.

Uebereinstimmend mit den unter vorstehender Nummer mitgetheilten Entscheidungen des OAG. zu Jena nimmt auch das OAG. zu Celle an, daß das gemeine Recht die Zulässigkeit der von Vormündern für ihre Pupillen angestellten Klagen von einer vorgängigen obervormundschaftlichen Genehmigung nicht abhängig macht.

Erk. vom 22 Februar 1855 in S. des zum Felde'schen Vormundes w. Kirchspiel Büßfleth. (Hdf.)

333.

Muß der Kläger aus zweiseitigem Vertrage in der Klagschrift anführen, er selbst habe den Vertrag seinerseits erfüllt?

Vgl. Bd. 3 Nr. 201.

Eine oberstrichterliche Entscheidung äußert sich hierüber in folgender Weise.

Der Kläger hat aus einem Verkaufs-Contracte, mithin aus einem Consensual-Contracte, bei dem die wechselseitige Verbindlichkeit der Contrahenten schon durch die bloße Einwilligung, und nicht, wie bei Real-Verträgen, aus der Erfüllung entsteht, geklagt.

Digitized by Google

Zur Begründung dieser Klage war also das Erwähnen der wechselseitigen Einwilligung, welche aus dem schriftlichen Contracte, worauf in der Klage Bezug genommen war, constirt, hinreichend, und es bedurfte des Anführens: daß Kläger seinerseits den Contract erfüllt habe, nicht.

Hieraus ergibt sich, daß die in dem Vortrage des Beklagten liegende Einrede des inepten Libells, sowie dessen Antrag auf Zurückweisung der Klage, für unbegründet zu achten ist.

Erk. des (vormal.) OAG. zu Wolfenbüttel vom 6 Sept. 1825 in Sachen Röhl c. Ehrenberg wegen rückständiger Kaufgelder und Zinsen. (R.)

334.

Die *exceptio divisionis* ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die erst in dritter Instanz vorgebrachte Einwendung, daß der Kläger nur auf die Hälfte der Forderung habe klagen können, indem von ihm (Beklagten) nicht der Einrede der Theilung entsagt worden sey, kann schon aus dem formellen Grunde, weil sie eine zu Geltendmachung einer Rechtswohlthat, welche der Richter dem darauf Anspruch habenden Beklagten nicht amtshalber aufdringen darf, dienende peremtorische Exception ist,

fr. 10 §. 1; fr. 26 de fidejuss. (46, 1); C. 3 eod. (8, 41); §. 4 Inst. eod. (3, 21),

und der Beklagte sie nicht im ersten Verfahren vorgeschützt hat, keine Beachtung erhalten.

Erk. des OAG. zu Dresden v. August 1854 (Milde w. Oelschlägel) Ztschrft. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. 13 S. 525.

Digitized by Google

335.

Klagergänzung in der Replik. Einlassung darauf in der Duplik.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen (Cautionsrückforderung betr.) entnehmen wir was folgt:

Ob es in Ansehung der geforderten Rückgabe der Caution zum Klaggrund zu rechnen sey, daß die Hauptverbindlichkeit, wofür die Caution bestellt wurde, nicht mehr bestehe und deßhalb die Klägerin, wenn sie sich zu diesem Zwecke auf eine ertheilte Dechargirung stützen wollte, dieß schon in der Klage hätte vorbringen müssen, kann dahingestellt bleiben; denn die Beklagte hat sich in der Duplik ohne Vorbehalt auf die nachträglich behauptete Anerkennung eingelassen, und dadurch ist der etwaige Mangel des Klaglibells in so weit unschädlich gemacht worden.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30 Jänner 1855. Frankfurter Samml. von Römer (Boselli) Bd. 3 S. 22.

336.

Rechtskraft. Klage aus einem dem Beklagten günstigen Urtheile.

Vergl. Bd. 8 Nr. 32.

Wurde bei Entscheidung einer Sache anerkannt, daß Beklagter Eigenthümer einer in Frage befindlichen Sache sey, so steht diesem zwar ein unmittelbarer Anspruch auf Urtheils-Vollstreckung nicht zu; aber der Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung kann von ihm doch zur Grundlage einer Klage gegen den Kläger des entschiedenen Processes benützt werden.

Arg. fr. 11 §. 1 de jurejur. (12, 2).

Savigny, System Bd. 6 S. 346, 347.

Vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck v. 20 März 1853. Frankfurter Samml. von Römer (Boselli) Bd. 3 S. 62 f.

Digitized by Google

337.

Verbindlichkeit zur Erstattung der Procuraturgebühren.

Die zur Zahlung der Proceßkosten verurtheilte Partei ist schuldig, ihrem Gegner auch die Procuraturgebühren zu erstatten, welche dadurch entstanden sind, daß dieselbe sich eines außerhalb des Gerichtssitzes mit höchster Genehmigung domicilirten ordentlichen Advocaten als Sachführer bedient hat, und darum genöthigt war, einen besonderen Procurator am Ort des Gerichtssitzes anzunehmen.

Decr. des OAG. zu Darmstadt v. 14 März 1833 in S. Diehl w. Gemeinde Elbenrod. (Bopp.)

338.

Bei erwiesenem Klaggrund kann nur die Anführung specieller, erheblicher Thatumstände die Nachlassung eines Gegenbeweises rechtfertigen.

Vgl. Bd. 8 Nr. 312.

In einem gegebenen Falle stellte sich der Klaggrund (ein Rechtsgeschäft aus dem J. 1835) durch die im ersten Verfahren vorgelegten anerkannten Urkunden völlig erwiesen dar. Der Beklagte behauptete aber, die Absicht bei Eingehung des Geschäftes sey eine andere gewesen, als sich aus den Urkunden entnehmen lasse, und verlangte darüber die Nachlassung eines Gegenbeweises. Diesem Antrage wurde keine Folge gegeben. „In einem Falle, wo, wie hier, die Urkunden über den Abschluß des Geschäftes vorliegen und ihrem Inhalte nach klar und unzweifelhaft sind, würde, um zu einem Beweise über eine entgegengesetzte Absicht der Contrahenten zugelassen zu werden, die Anführung von speciellen erheblichen Umständen erforderlich seyn, und eine unbestimmte und allgemeine Aeußerung kann dazu nicht genügen." ...

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 28 Juni 1849. Frankfurter Samml. von Römer (Boselli) Bd. 2 S. 125 f.

Digitized by Google

339.

Beweislast über Angemessenheit der für Handwerksleistungen (wie in Gastwirths- und Kaufmanns-Rechnungen) angesetzten Preise.

Vgl. Bd. 2 Nr. 166, 177, 284; Bd. 4 Nr. 216, 217; Bd. 8 Nr. 36, 130, 259.

In der Klage auf Bezahlung einer Schlosserrechnung war angeführt, daß Kläger bei dem in den Jahren 1851/52 erfolgten Neubau des Beklagten zur Herstellung der Thüren, Feuerungen Fenster u. s. w. auf Bestellung die specificirten Schlosserarbeiten und Schlosserwaaren zu den hierorts üblichen und billigen Preisen geliefert, dem Beklagten auch eine specielle Rechnung zugestellt habe, welche aber von diesem nicht berichtigt worden sey. Der Beklagte beantwortete in seiner Vernehmlassungsschrift die einzelnen Ansätze der Klage mit „Nichtwissen", da er nicht wisse, ob dieselben richtig. Das Gericht I. Instanz hielt dafür, es sey auf die mit „Nichtwissen" bewirkte Einlassung des Beklagten hinsichtlich der Preisansätze und Ortsüblichkeit eine Rücksicht nicht zu nehmen, vielmehr in quantitativer Hinsicht die Klagforderung als begründet und zugestanden zu erachten. In den Entscheidungsgründen wurde unter Bezugnahme auf

Thon in der Gießener Zeitschrift Bd. 10 S. 202 f.

besonders hervorgehoben, wie es Sache des Beklagten gewesen wäre, Ausstellungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Ansätze zu machen und zu begründen, während er nicht einmal direct mit der Behauptung, daß er überheuert worden, hervorgetreten sey.

In zweiter Instanz wurde abändernd auf Beweis der abgeläugneten Klagpunkte erkannt. Angehend die Preisbestimmung sagen die Motive:

Es kann zwar nicht bezweifelt werden, daß, wenn der von einem Contrahenten zu zahlende Preis der Bestimmung des andern Contrahenten überlassen worden, die erfolgte Bestimmung wenn sie unbillig erscheint, angefochten und nach richterlichem billigen Ermessen (arbitrio boni viri) gemindert werden kann, und daß in einem solchen Falle der Anfechtende dem Richter die

Digitized by Google

erforderlichen Grundlagen für die verlangte Ermäßigung beiſchaffen muß. Allein es verſteht ſich das nur von den Fällen, wo ausdrücklich dem andern Contrahenten die Beſtimmung der Größe der Leiſtung überlaſſen iſt.[1]) Daß eine ſolche Ueberlaſſung als ſtillſchweigend geſchehen anzunehmen ſey, wenn Gegenſtände, die einen Markt- oder ſonſt üblichen Preis haben, ohne Feſtſtellung des Preiſes bedungen worden ſind, läßt ſich beim Mangel geſetzlicher Vorſchriften nicht vertheidigen, vielmehr muß als die wahrſcheinliche Meinung beider Contrahenten angenommen werden, daß die üblichen Preiſe bedungen und verſprochen ſind. In der That hat auch im vorliegenden Falle der Kläger ſelbſt in der Klage angeführt, daß die von ihm angeſetzten Preiſe ortsüblich und billig ſeyen, und hat nach feſtſtehender Regel des Proceſſes dieſe ſeine vom Gegner geläugneten Behauptungen zu beweiſen. Die in der (Gießener) Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß Bd. 10 S. 214 hervorgehobenen Billigkeitsrückſichten erſcheinen nicht gewichtig genug, um von jener Regel zu Gunſten der Handwerker, Kaufleute und Gaſtwirthe eine Ausnahme zu machen, und den mit ihnen ohne Beſtimmung des Preiſes Contrahirenden den Beweis der Unbilligkeit der Preiſe aufzubürden. Denn mögen dieſelben auch Bedenken tragen, ſich bei Ablieferung ihrer Waaren und Fertigung ihrer Arbeiten den Preis zu bedingen, um nicht bei den Kunden Anſtoß zu erregen, ſo iſt das eben eine Rückſichtnahme, deren unbequeme Folgen ſie billiger ſelbſt zu tragen als ihren Mitcontrahenten zuzuſchieben haben; auch kann man nicht unbedingt zugeben, daß dem Handwerker der Beweis der Ortsüblichkeit und Billigmäßigkeit ſeiner Preiſe ſchwerer falle, als dem Abnehmer der Beweis der Uebertriebenheit; denn iſt die Waare noch vorhanden, ſo iſt beiden der Beweis gleich leicht, und iſt ſie nicht mehr vorhanden, in gleichem Maße ſchwieriger.

In dritter Inſtanz (OAG. zu Jena) wurde der zweit-

1) Bezugnahme auf fr. 76, 77, 79 pro socio (17, 1); fr. 24 pr. locati (19, 2); fr. 50 de oper. libert. (38, 1); fr. 22 §. 1 de reg. juris.

Digitized by Google

richterliche Ausspruch unter Bezugnahme auf vorstehende Ausführung bestätigt.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 2 S. 5 — 10.

340.

Beweislast bei der cassatorischen Clausel.

Vgl. Bd. 8 Nr. 121, 135.

In oberstrichterlichen Motiven kommt gelegenheitlich die Aeußerung vor:

Der Satz: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, und: per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, behält seine volle Geltung . . . . . sogar bei der cassatorischen Clausel, wo der Nachweis der tempestiv geleisteten Zahlung vom Beklagten verlangt wird, obgleich der Kläger auf die Behauptung der nicht erfolgten Zahlung die Fälligkeit seiner Forderung gründet.

Erk. des OAG. zu Dresden v. 19 Dec. 1854 (Procur. fisci. w. Zenker). Zeitschrift für Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. 14 S. 175.

341.

Anfang der Beweisfrist, wenn das Beweisinterlocut nur theilweise von der Rechtskraft entbunden ist.

So lange der Umfang des Beweisthema's noch nicht vollständig feststeht, beginnt die Beweisfrist noch nicht zu laufen, ist vielmehr auch in Betreff derjenigen Punkte für suspendirt zu achten, wegen welcher, daß Beweis zu führen, bereits rechtskräftig erkannt ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob zwischen letzterem und denjenigen thatsächlichen Momenten, rücksichtlich deren die Beweisfrage noch streitig geblieben, ein Zusammenhang stattfindet oder nicht.

Digitized by Google

Erk. des OAG. zu Dresden v. 9 Jänner 1855 (Bönickin w. Tannert). Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. 14 S. 176.

342.

Urkundenbeweis, durch Bezugnahme auf Acten angetreten.

Wenn Beweis durch Berufung auf Acten, welche sich in dem Besitze einer öffentlichen inländischen Behörde befinden, angetreten wird, so ist der Producent nicht verbunden, mit der Beweisantretung Abschriften der einzelnen Actenstücke, welche den Beweis liefern sollen, beizubringen; vielmehr genügt das Gesuch, die Acten kurzer Hand, oder, wenn erforderlich, durch Requisition zu abregistriren, und demnächst einen Termin zur Vorlegung derselben anzuberaumen. In diesem Termin hat Producent die einzelnen, zur Beweisführung bestimmten Actenstücke zu bezeichnen, und, wie er hiedurch der Beweisauflage zu genügen gedenke, dem Gericht vorzutragen. Es ward in Betracht gezogen, daß sich der Producent nicht im Besitze solcher Acten zu befinden pflege, und so erst in den Stand zu setzen sey, das Erforderliche vorzunehmen.

Erk. des OAG. zu Darmstadt v. 3 Nov. 1833 in S. Schweikart w. Erbach-Wartenberg-Rotische Debitmasse.

(Bopp.)

343.

Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte. Vom sicheren Datum.

Eine Privaturkunde, bei der es auf die Zeit der Errichtung ankömmt, beweist gegen einen Dritten nur insofern, als nicht bloß die Aechtheit der Unterschriften, sondern auch die Gewißheit, daß ihr Datum wahrhaftig sey, durch andere Behelfe dargethan oder annehmbar ist.[1]) Unter Dritten können aber

1) Daß die Vorschrift des französischen Rechts (code civil. art. 1328 vgl. mit art. 1322) vom „sicheren Datum" nur einen in der Natur der Sache

Digitized by Google

nach der Natur der Sache nur solche Personen verstanden werden, welche nicht in der Lage sind, ihre Rechte von demjenigen herleiten zu müssen, der eine Privaturkunde von unsicherem Datum ausgestellt hat. Wo das letztere der Fall ist, da muß die neu eingetretene Partei als der Rechtsfolger des Ausstellers natürlich immer dieselbe Person mit ihm repräsentiren und daher auch dessen Handlungen anerkennen und wider sich gelten lassen, in so lange sie nicht selbst einen untergelaufenen Betrug zu erweisen im Stande ist. Wenn jemand auf eine Activforderung seines Schuldners Arrest erwirkte, und der dritte Schuldner, bei dem der Arrest angelegt ist, behauptet nun, längst bezahlt zu haben, legt auch hierüber Privatquittungen seines unmittelbaren Gläubigers vor, so kann sich der Gläubiger dieses letzteren, der den Arrestschlag betrieben hat, nicht weigern dieselben gelten zu lassen, weil er seinen in Mitte stehenden Schuldner vorstellen muß, um nur an den Dritten zu gelangen; er könnte denn selbst ein betrügliches Einverständniß dieser beiden zu seinem Nachtheile erweisen. [2])

In diesem Sinne erging (in einer rheinländischen nach französischem R. zu entscheidenden Sache) ein

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 6 März 1855.

Die Motive sagen: Zwar handelt der Gläubiger, welcher Forderungen seines Schuldners geltend macht, insoweit aus eigenem Rechte, als er zu dem Zwecke seiner Befriedigung, von dem Willen des Schuldners unabhängig, Vermögensansprüche desselben wahrnimmt, und das eigene Verfügungsrecht dieses Schuldners über jene Ansprüche ausschließt. Dagegen ist er in der Verfolgung des fremden Forderungsrechtes nur der gesetzliche Vertreter der Person des eigentlichen Gläubigers, und kann die Ansprüche desselben nur unter den nämlichen Bedingungen und

---

wurzelnden Satz enthalte, und demzufolge derselben auch im deutschen Civilprocesse Geltung zukomme, ist ausgeführt in den Blättern f. Rechtsanwendung Bd. 18 S. 161 f. und S. 177 f. S. auch Gerau in der Gießener Zeitschrift Bd. 20. S. 103 f.

2) Vgl. Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 20 S. 65 f.

Digitized by Google

Einschränkungen verfolgen, denen die eigene Geltendmachung unterworfen seyn würde. Eine Quittung unter Privatunterschrift beweist aber wider den Gläubiger und seine Rechtsnachfolger in dem Falle der unbestrittenen Aechtheit auch ohne besondere Sicherstellung ihres Datums vollständig. Also muß auch der Arresteinleger, welcher nicht als dem Drittarrestaten gegenüber selbst berechtigt, sondern nur als die Person des Gläubigers vertretend auftritt, das in solcher Quittung angegebene Datum ebenso als richtig anerkennen, wie es durch dieselbe von dem Drittschuldner seinem eigenen Gläubiger gegenüber als richtig hätte dargethan werden können; so weit nicht zu erweisen ist, daß der Arrestverklagte eine der Anfechtung unterworfene Antedatirung oder sonstige Collusion zum Nachtheile seines Gläubigers vorgenommen hat.

Archiv f. Civ. u. Crim. R. der preuß. Rheinprovinzen. N. F. Bd. XLIII. H. 4 Abth. II S. 87.

344.

Bedürfen öffentliche Urkunden ausländischer Behörden zum Zweck der Darlegung ihrer Aechtheit der diplomatischen Legalisirung?

Vgl. Bd. 1 Nr. 138.

Einer executivischen Klage waren zur Darlegung der Activ-Legitimation Urkunden beigefügt worden, welche theils in öffentlichen Documenten bestanden, die von kurhessischen Behörden herrührten, theils in Privaturkunden, deren Aechtheit von einer derselben bezeugt wurde. Jenen war das Amtssiegel beigedrückt. Implorat wendete ein, daß die Executiv-Klage verworfen werden müsse, weil diese Urkunden nicht diplomatisch legalisirt seyen. Als die Rechtssache an das oberste Gericht erwuchs, erhob sich auch hier die Frage, ob dieser Einwand als begründet erscheine? Sie wurde verneint, nach Anleitung des erstatteten Gutachtens darum: Weder gemein- noch particularrechtlich sey vorgeschrieben, daß öffentliche Urkunden, die von ausländischen Behörden herrührten, diplomatisch legalisirt seyn müßten, um als ächt zu gelten,

Digitized by Google

und auch die Doctrin verlange dieses nicht; der Richter sey auch in Bezug auf die Frage der Aechtheit auf seine Reflexion und die sich ihm darbietenden Erkenntnißgründe hingewiesen; dränge sich ihm ein Zweifel auf, so habe er dem Producenten aufzugeben, den Beweis der Aechtheit zu liefern. Im vorliegenden Fall handle es sich von öffentlichen Urkunden, zu Stande gekommen in einem Nachbarstaate, mit dessen Behörden die inländischen Behörden, namentlich die Untergerichte, in öftere Geschäftsberührung kämen, so daß sie im Stande seyen, die Aechtheit zu prüfen, was auch in den vorderen Instanzen in Betracht gezogen worden sey.

Erk. des OAG. in Darmstadt vom 31 März 1837 in Sachen Cleve's Erben gegen Idstein. (Bopp.)

345.

Urkunden, im Auslande errichtet. *Locus regit actum.*

In einer Rechtssache producirten die Beklagten zu ihrer Rechtsvertheidigung eine notarielle Urkunde aus St. Louis in Nordamerika vom 7 August 1846, und ergriffen, da das Gericht zweiter Instanz, das Obergericht in Mainz, diese Urkunde für nicht beweisend erkannte, den Cassationsrecurs, weil dadurch der Grundsatz locus regit actum verletzt worden sey. Der Recurs wurde verworfen, indem jener Grundsatz bezüglich einer im Auslande aufgenommenen Urkunde nicht als vom inländischen Richter verletzt anzusehen sey, wenn das Gesetz, dem zu Folge die Urkunde als beweisfähig erscheinen sollte, nicht nachgewiesen oder auch nur angezogen worden ist.

Erk. des OAG. in Darmstadt als Cassationshof für die Provinz Rheinhessen vom 21 Febr. 1853. (Bopp.)

Digitized by Google

346.

Bedingung des Rechts zur Acteneinsicht.

Vgl. Bd. 8 Nr. 183.

Der vom Gläubiger verklagte Bürge stellte im Laufe des Rechtsstreites, und zwar bei dem Concursgerichte des Hauptschuldners, den Antrag, ihm Einsicht der Gantacten zu gestatten. Diesem Antrag wurde nicht stattgegeben und die Verwerfung auch oberstrichterlich bestätigt, indem ein Anspruch auf Gestattung der Einsicht gerichtlicher Acten nur dem zustehe, welcher in Ansehung derselben ein genügend begründetes rechtliches Interesse darzulegen vermöge, der Beschwerdeführer aber hinsichtlich jener Concursacten ein solches Interesse nicht dargelegt, nicht einmal die einzelnen von ihm einzusehenden Theile jener Acten bezeichnet habe. [1])

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 26 August 1837. (Strohmberg w. Luttwig). (Bopp.)

347.

Eidesleistung durch Stellvertreter.

Aus Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wird uns mitgetheilt:

Glück, Erl. der Pand. Bd. 12 §. 806 lehrt daß Stellvertretung bei der Eidesleistung durch einen Mandatar zulässig sey, wenn langwierige Krankheit oder nothwendige Abwesenheit oder weite Entfernung dessen, der schwören sollte, die persönliche Eidesleistung nicht erlaubt. Dieß (was auch anerkannter Gerichtsgebrauch) entspricht auch der Billigkeit und den sich in dem Leben gestaltenden Verhältnissen. Im vorliegenden

1) Liegt hier das Interesse des Bürgen, die Acten, betreffend die Geltendmachung der Forderungen gegen den Hauptschuldner, resp. in dessen Concurse, einzusehen, nicht schon in der Natur der unter den Betheiligten obwaltenden rechtlichen Beziehungen? S.

Digitized by Google

Falle befinden ſich mehrere der Kläger in Batavia und in Amerika, ſo daß die Nothwendigkeit ihres perſönlichen Erſcheinens mit einem großen Aufwand von Zeit und Koſten verbunden ſeyn würde und leicht den Entſchluß erpreſſen könnte, auf ein gutes Recht zu verzichten. Indeſſen bedarf es der Beibringung einer Vollmacht, welche bekundet, daß der Schwurpflichtige wiſſe, was in ſeine Seele eidlich erhärtet werden ſolle, und worin derſelbe erklärt, er erkenne an, daß der in ſeine Seele abzuleiſtende Eid die nämliche Kraft und Wirkung habe, als wenn er ihn ſelbſt ausgeſchworen hätte.

Glück, a. a. O. §. 606 a. E.

Denn wenn der Schwurpflichtige nicht erfährt, worüber er zu ſchwören habe und nicht darauf hin einen Dritten zu dem Act bevollmächtigt, ſo kann von einer Eidesleiſtung in ſeine Seele und davon nicht die Rede ſeyn, daß er ſich eines Meineides ſchuldig machen würde, ſofern ſein Bevollmächtigter Unwahres eidlich erhärte.

Erk. des OAG. zu Darmſtadt vom 13 September 1843 in Sachen Harthauſen gegen Kirchenkaſten zu Georgenhauſen.

(Bopp.)

348.

Eid und richterliches Ermeſſen bei Werth-Beweiſen.

Vgl. Bd. 1 Nr. 144; Bd. 2 Nr. 155 a. E.

In einer Nachklagſache, durch ungerechtfertigten Arreſtſchlag veranlaßt, hatte der Nachkläger unter anderem zu beweiſen, daß die arretirten Waaren (Felle) den angegebenen Werth oder wie viel weniger gehabt haben. Ueber das Ergebniß ſagen die oberſtrichterlichen Entſcheidungsgründe:

Hinſichtlich des dem Nachkläger zu Beweis geſtellten Werthes der Waare iſt allerdings nicht ſo viel bewieſen, daß auf einen Erfüllungseid erkannt werden könnte. . . . . Dieſe Mangelhaftigkeit konnte indeß nicht dahin führen, die Beſtimmung des Werthes derſelben dem Eide des Nachbeklagten zu überlaſſen. Vielmehr

mußte hier, wo die Verbindlichkeit zum Schadensersatze auf der einen Seite feststeht, und nach der Beschaffenheit der Sache keine Aussicht vorhanden ist, daß ein zur näheren Ermittelung des wahren Werthes der Felle weiter einzuleitendes Verfahren diesen Werth feststellen werde, von Richteramtswegen dergestalt eingeschritten werden, daß der Beweisführer zur eidlichen Erhärtung einer nach Billigkeit zu bestimmenden Werthsumme zugelassen werde. Bei der Festsetzung einer solchen Werthsumme durch das richterliche arbitrium kann es einerseits auf eine genaue vorgängige Feststellung der Zahl der arretirten Felle nicht ankommen, indem die Differenz zwischen den Angaben beider Theile nicht so groß ist, daß sie von entscheidendem Einflusse auf die im Ganzen und Großen zu bestimmende Werthsumme der Felle seyn könnte; andererseits steht nichts entgegen, das richterliche Ermessen durch die, wenn auch als strenge Beweismittel untauglichen Tarationen der Sachverständigen, sowie durch alles in geeigneter Weise mitleiten und bestimmen zu lassen, was sonst in den Acten vorkommt und auf eine billige Festsetzung des Werthbetrages von Einfluß ist.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 19 Mai 1849. Frankfurter Sammlung von Römer (Boselli) Bd. 2 S. 113.

349.

Eid des Beschädigten zur Feststellung des Schadensbetrages.

Vgl. Bd. 1 Nr. 144, 378; Bd. 9 Nr. 348, 350.

In einer Rechtssache war festgestellt, daß Beklagte in Folge schuldhafter Beschädigung den Werth eines ausgeflossenen Fasses Rum zu ersetzen schuldig ist. Es lag ein Gutachten von Sachverständigen vor, durch welches der Werth des Rums für die Zeit der Beschädigung auf 6 bis 24 Thlr. für den Anker angegeben war. Nun wurde dem Kläger aufgegeben, zuvor noch eidlich zu erhärten, daß der wahre Werth des verloren gegangenen Rums à Anker 16 Thlr. oder wie viel weniger betragen habe, worauf die Beklagte schuldig sey, die danach sich ergebende Summe

Digitized by Google

als Entschädigung mit Verzugszinsen seit insinuirter Klage zu bezahlen. Aus den Motiven entnehmen wir was folgt:

Ein eigentliches jusjurandum in litem, mittelst dessen der Beschädigte ohne allen anderweiten Beweis den Werth des Streitgegenstandes und sein Interesse selbst zu schätzen berechtigt ist, muß schon um deßwillen für unzulässig geachtet werden, weil dieser Eid von den Gesetzen nur bei actionibus arbitrariis und solchen actionibus bonae fidei, welche auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, unter bestimmten Voraussetzungen gestattet wird, bei actionibus stricti juris, wozu die aquilische Klage gehört, in seiner eigenthümlichen Bedeutung ausgeschlossen ist.

Tit. Digest. de in litem jurando (12, 3); Mühlenbruch, Pand. §. 369; Vangerow, Leitf. §. 171; Bayer, Vortr. (ed. VII) S. 542.

Aber die Gesetze lassen auch bei den letzteren, mithin auch bei dem damnum injuria datum, ein auf die Ermittelung des wahren Geldwerthes gerichtetes subsidiäres juramentum in litem in dem Falle ausnahmsweise zu, wenn der beschädigte Gegenstand nicht mehr existirt und deßhalb dem Richter und zwar durch die culpa des Verklagten die aestimatio unmöglich geworden ist, quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non extat. Fr. 5 §. 4 de in lit. jur. (12,3). Vangerow, a. a. O.; Thibaut, Pand. §. 1166; Bayer, a. a. O. S. 544.

Gerade dieser Fall liegt hier vor, und Kläger muß deßhalb seinem Erbieten gemäß um so mehr zur eidlichen Erhärtung des wahren Werthes zugelassen werden, als er neben dem Beweis der schädlichen Handlung und der Existenz des Schadens überhaupt zugleich den Beweis, daß der Preis des Rums je nach seiner Beschaffenheit im J. 1846 pr. Anker zwischen 6 und 24 Thlr. betragen habe, geliefert hat, jener Eid sich also als ein wirklicher Ergänzungseid darstellt. Spangenberg in Strube's rechtl. Bed. 3 Bd. S. 743 (Note); Martin, bürgerl. Proc. 6te Ausg. §. 221; Genfler Comment. zu Martin §. 221.

Erk. des Obergerichts zu Wolfenbüttel v. 7 Dec. 1853. Zeitschrift f. Rechtspflege im H. Braunschweig. Jhrg. II S. 55.

350.

Schadens-Ermittelung durch Eid des Beschädigten.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen:

Der Gerichtsgebrauch gestattet in Fällen, wo darüber daß dem Kläger ein Anspruch auf Entschädigung zustehe, kein Zweifel obwaltet, und es nur über die Höhe an andern Beweismitteln fehlt, die Anordnung einer eidlichen Bestärkung, dafern nicht sonst erhebliche Bedenken sich entgegenstellen.[1]) Besondere Bedenken gegen die Zulassung des Klägers zu einer solchen eidlichen Bestärkung könnten . . . . . um so weniger eintreten, als das Object an sich ein nicht bedeutendes ist, und der Kläger über die Beschaffenheit der Sachen und den Ankaufspreis größtentheils specielle Angaben gemacht hat. . . . . .

Erk. des OAG. zu Dresden v. 15 Dec. 1854 (Matthäus w. Meißner) Ztschft. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. 14 S. 179.

351.

Nothwendiger Eid auf Grund von Beweisen zuerkannt, welche schon vor dem Interlocute vorlagen.

Vgl. Bd. 3 Nr. 208; Bd. 4 Nr. 159.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde geäußert:

Der formelle Einwand des Beklagten, daß der Beweis des Klägers schon deßhalb für verfehlt anzusehen sey, weil alle jene Thatsachen schon bei Abfassung des Beweisinterlocutes vorgelegen hätten, ist von keiner Erheblichkeit. Im ordentlichen Processe muß in der Regel auch dann auf Beweis erkannt werden, wenn schon von Anfang an ein erheblicher Grund von Wahrscheinlichkeit der beweispflichtigen Partei zur Seite steht. Wenn dieß

---

1) Bezugnahme auf *Biener*, system. proc. (ed. de ao. 1834) §. 170 obs. ad not. 6; Curtius, Handb. des in Churſachſen geltenden Civilrechts §. 1152 im Zuſatz. Ausg. von Schwarze, Th. III, Abth. 1 S. 93 f.; Wochenblatt f. merkw. Rf. 1845 S. 184; 1848 S. 320.

Digitized by Google

einerseits nothwendig ist, weil der andern Partei das ihr zukommende rechtliche Gehör im Gegenbeweise nicht entzogen werden darf, so ist doch andererseits die Befugniß nicht ausgeschlossen, im Enderkenntnisse auf jene Thatsachen zurückzukommen, und auf dieselben einen Legaleid zu gründen.

Erk. des OAG. zu Dresden vom August 1854 in Sachen Häntschel w. Boye. Ztschrft. f. Rpflge. u. Verw. N. F. Bd. 13 S. 520 f.

352.

Geständniß in einer zurückgenommenen oder abgewiesenen Klage oder in der Einlassung darauf vorkommend.

Oberstrichterlich wurde die Ansicht ausgesprochen:

Nicht bloß der Inhalt einer früher angestellt gewesenen, aber zurückgenommenen oder abgewiesenen Klage, sondern auch der Inhalt der Einlassung auf diese frühere Klage kann in dem durch eine verbesserte anderweite Klage veranlaßten Processe mit Erfolg nicht als ein Geständniß des Klägers oder beziehentlich des Beklagten benützt werden. [1])

Erk. des OAG. zu Dresden v. 25 Jänner 1855 (Wolf w. Michel). Ztschrft. f. Rpfl. u. Verw. N. F. Bd. 14 S. 188.

---

1) Vgl. indessen Bayer's Vorträge Aufl. 8 S. 552. Hier wird gelehrt, daß Fallenlassen des bisherigen Verfahrens unter Kostenersatz an den Beklagten nicht dazu führen könne, dem Beklagten gewisse Vortheile, welche er in dem bisherigen Verfahren bereits erlangt hatte, z. B. durch Geständnisse, Versäumnisse des Klägers, wieder zu entziehen. In seiner Abhandlung: „Ueber die Aenderung des Klaglibells" (Landshut 1819) §. 27 bemerkt derselbe Schriftsteller, insbesondere auch für den Fall, wenn die Basis der neuen Klage einen oder mehrere wesentliche Bestandtheile mit dem Fundament der früheren gemein hat: „In diesen Fällen kann den über die ursprüngliche Klage gepflogenen Verhandlungen, so weit sie sich auf die gemeinschaftlichen Merkmale beziehen, die fortdauernde rechtliche Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Der unverkennbarste Be-

Digitized by Google

353.

Durchschnittsprincip bei ungleichen Schätzungen.

Nach der gemeinrechtlichen Praxis und Doctrin ist für ungleiche Schätzungen als Regel[1]) anerkannt, dem Princip der Durchschnitts-Ziehung zu folgen.

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 15 Febr. 1855. Frankfurter Samml. von Römer (Boselli). Bd. 3 S. 36.

---

weis hiefür liegt darin, daß diejenigen Rücksichten, wodurch sich in solchen Fällen die neue Klage von der früheren unterscheidet, den Kläger nach dem Verluste des vorigen Processes doch nicht berechtigen würden, den Streit neuerdings zu beginnen, sondern daß ihm vielmehr, dieser Abweichungen ungeachtet, die exceptio rei judicatae entgegengesetzt werden könnte. Fr. 5, 6, 7 §. 4 de exc. rei jud. (44, 2). Hat nun aber das Urtheil diesen rechtlichen Einfluß, so muß derselbe auch den einzelnen Verhandlungen beigemessen werden, als deren Hauptresultat die Entscheidung selbst erscheint, d. h. es muß dem Beklagten auf die Permanenz der einmal durch das bisherige Verfahren gebildeten Streitlage ein eben so unverletzbares Recht eingeräumt werden, als auf den Gebrauch der exc. rei judicatae gegen den Versuch, den Streit nur unter anderen Modificationen zu wiederholen." — Vgl. Sintenis, Erläuterungen I S. 210, wo die Meinung geäußert ist, zur Aenderung solcher Thatsachen aus der Klagschrift, durch deren Vortrag von Seite des Klägers dem Beklagten bereits processualische Vortheile erwachsen sind, helfe selbst Fallenlassen der Klage und Anstellung einer neuen nicht, sondern Restitution allein. — S. auch Blätter für Rechtsanwendung Bd. 3 S. 221 f., wo unter Bezugnahme auf ein

Erk. des OAG. zu München vom 4 Sept. 1835

bemerkt wird, eine solche Klagänderung, mit der Wirkung der Entkräftung (der im bisherigen Verfahren dem Gegner erwachsenen Vortheile, insbesondere) einer zur Rechtskraft gelangten Beweisauflage, wäre im Grunde ein ganz neues außerordentliches Rechtsmittel, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die der Kläger sich selbst zu ertheilen, ohne alle Restitutionsursache in seinem Belieben hätte. Eine solche Ausdehnung jenes Satzes würde jedem Proceß für den Beklagten alle sichere Grundlage entziehen, und zu den bedenklichsten Folgerungen führen.

1) Vgl. die folgende Nr. mit Bd. 8 Nr. 332.

Digitized by Google

354.

Expertise im Enteignungsverfahren. Richterliches Ermessen.

Vgl. Bd. 7 Nr. 323.

X. hatte im Jahre 1835 einen beträchtlichen, aus Gebäuden und gewerblichen Anstalten zusammengesetzten Grundbesitz von seiner Mutter um 17,700 fl. übernommen; im Laufe der Zwischenzeit wurden jedoch für mehr als 36,000 fl. Hypotheken darauf eingetragen. Im Jahre 1851 wurde dem Besitzer die Zwangsabtretung an die Eisenbahnbau-Commission zur Anlage eines Bahnhofes auferlegt. Der Besitzer stellte die von ihm verlangte Entschädigung durch detaillirte Schadensberechnung auf 85,800 fl., beinahe das Fünffache seines Erwerbspreises vor sechzehn Jahren; die Eisenbahnanstalt hatte 35,000 fl. angeboten. Im Laufe der gerichtlichen Verhandlung wurde eine Einschätzung veranlaßt, wobei die Sachverständigen mit Einrechnung aller Aussichten, Verluste und des ganzen Interesse durch ein sehr zusammengesetztes Schätzungsoperat einen Gesammtanschlag von 130,900 fl., über das Siebenfache des Uebernahmspreises von 1835, zum Vorscheine brachten. — In erster Instanz wurden hierauf dem enteigneten Besitzer die von ihm verlangten 85,800 fl. zuerkannt, und dieses Urtheil auch in zweiter Instanz bestätigt. Auf die Revisionsgesuche beider Theile reducirte der oberste Gerichtshof den Ersatz auf 68,565 fl., d. i. auf wenig mehr als die Hälfte dessen, worauf das Gut geschätzt war. In den Gründen wurde die „Manipulation der Experten" einer scharfen Kritik unterworfen und unter anderm bemerkt: daß die Ziffern, welche die Schätzungsoperate darlegten, an innerer Glaubwürdigkeit vollständigen Mangel litten, ergebe sich schon daraus, daß Expropriat alles in allem nur 85,800 fl. als Entschädigung verlangt habe, während die Schätzungen sich bis zur Höhe von 130,900 fl. verirrt hätten. Sodann werden folgende Grundsätze des Werthanschlages zum Behufe von Zwangsabtretungen aufgestellt [1]):

1) Eine ausführliche Erörterung, zur Nachweisung der Richtigkeit dieser Grundsätze, hat die Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern Bd. 2 S. 224—254 geliefert.

Digitized by Google

„Der Richter hat zu urtheilen, nicht gleich einer Rechnungsmaschine im Wege der Calculation die endgültige Summe zu ziehen; ihm steht das Recht zu, jener Ansicht der Experten zu folgen, welche mit den triftigsten, stichhaltigsten und glaubwürdigsten Motiven dargelegt ist [2]). Uebereinstimmend mit dem gemeinen Recht

C. 3 de dot. promiss. (5, 11); fr. 24 pr. locat. conduct. (19, 2)

ermächtigt bei erkannter Unrichtigkeit aller Schätzungsoperate das bayerische Landrecht Th. IV Cap. 3 §. 4 in not. Nr. 8 den Richter, das Ergebniß der Schätzung völlig zu verlassen und aus eigenem freien Ermessen, unter Würdigung aller Umstände, ex arbitrio boni viri ein endgültiges Resultat zu ziehen. Die Experten sind nicht Compromißrichter, die ein unantastbares Laudum geben, sie sind nur Gehülfen des Richters in technischen Fragen. Sowie der Richter nicht gebunden ist, wenn die Elogien von mehreren Experten vorliegen, ein als unrichtig erkanntes Gutachten eines Experten zu beachten, und den als richtig erkannten Elogien allein zu folgen hat, so ist der Richter in Fällen der vorliegenden Art auch so berechtigt als verpflichtet, die Schätzungsoperate, deren Erneuerung und bereits ohne Erfolg angestrebte Verbesserung nun unmöglich ist (weil nämlich der ganze Grund bereits abgeräumt und neu überbaut war), völlig in ihren Resultaten fallen zu lassen, wenn, wie in concreto, die richterliche Ueberzeugung sich feststellt, daß alle einzelnen Elogien auf irrigen Auffassungen, auf Mißkennung der gesetzlichen Kriterien bei Bestimmung der fraglichen Werthe beruhen."

Erk. des OAG. zu München vom 11 Nov. 1854 (Eckart g. Fiscus). Nr. 1806 53/54.

In einem Frankfurter Rechtsfalle wurden, unter Rücksichtnahme auf das dortige Expropriationsgesetz über Tarationen in dergleichen Sachen, oberstrichterlich folgende Grundsätze aufgestellt:

---

2) Bezugnahme auf bayer. GO. Cap. XII §. 3

Bei Taxationen von der hier vorliegenden Art, wenn veranschlagt werden soll, welchen Werth expropriirtes Feldland für den bloß hypothetischen Fall einer Verwendung desselben zu Bauplätzen haben würde, gibt es für die Abschätzung keine festen präcisen Grundsätze, es sind dabei immer verschiedene Ansichten möglich, ja man kann wohl sagen, es ist selbst eine gewisse Willkür unvermeidlich. Nach der Vorschrift des Gesetzes muß die Expropriation geschehen und vorgängig dem Grundeigenthümer durch die ernannten Taxatoren eine bestimmte Entschädigungssumme, auch wenn es an einer sichern Basis dafür fehlen sollte, zugesprochen werden. Daher muß denn nach der Natur der Sache und nach dem Geiste des Expropriationsgesetzes die Verwerfung einer solchen von den beeidigten Sachverständigen eingereichten Taxation auf den Fall beschränkt werden, wenn sich in derselben so offenbare Unrichtigkeiten finden, daß daraus eine Unfähigkeit oder eine Parteilichkeit der Taxatoren hervorgeht, und ein anderes Verfahren würde zu endlosen Weiterungen führen. Eine Verwerfung der Taxation außer dem eben gedachten Falle erscheint dann um so bedenklicher, wenn (wie im gegebenen Falle) die Taxation von den drei Sachverständigen einstimmig abgefaßt ist, wodurch eine specielle Präsumtion für die Richtigkeit der dabei zum Grunde gelegten Ansichten und dafür entsteht, daß keiner Partei, von welcher jede selbst einen Sachverständigen ernannt hat, zu nahe getreten sey. Auch wirklich erhebliche Einwendungen gehören, sobald sie illiquid sind, und daher erst eine Beweisauflage deßhalb erforderlich seyn würde, nicht in das jetzige Expropriationsverfahren, sondern in die vorbehaltene weitere Ausführung . . . . . .

Erk. des OAG. zu Lübeck v. 16 Febr. 1850. Frankfurter Sammlung von Römer Bd. 2 S. 244 f.

Aus dem in dem Münchener Erkenntnisse adoptirten Rechtssatze von der Befugniß des Richters, sich über die Schätzung der Sachverständigen in Falle der Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit wegzusetzen, ist vom obersten Gerichtshof des Großherzogthums Hessen, in welchem Staate jener Grundsatz eine ausdrückliche Bestimmung (Art. 11) des Expropriationsgesetzes von

Digitized by Google

1821 [3]) für sich hat, im Hinblick auf die ebenerwähnte Gesetzstelle, die Folgerung gezogen worden: kein Theil habe ein Recht auf eine Schätzung bestimmter Art; das Gericht, welches an das Ergebniß der Expertise nicht gebunden sey, könne ohne eine solche die Größe der Entschädigungssumme auf anderem Wege ermitteln; das Gesetz räume ihm für die Abschätzung des Werthes ein selbstständiges Urtheil ein, die Stellung eines arbiter. Der Richter könne sich namentlich auf die Berücksichtigung des Preises bei dem früheren Verkaufe des abgetretenen Grundstücks oder benachbarter Liegenschaften gleicher Beschaffenheit beschränken; es leuchte ein, daß, wenn nicht besondere Verhältnisse obwalten, der Werth sich auf solche Art am sichersten auffinden lasse . . . . . .

Erk. des OAG. zu Darmstadt vom 27 Aug. 1850 in S. Fiscus w. Ehefrau Seip u. Cons. (Bopp.)

355.

Die Statthaftigkeit einer Beschwerde über ein Prioritätsurtheil, ist sie abhängig von dem Bestande der Activ-Masse?

Vgl. Bd. 4 Nr. 198.

Ein Gantgläubiger focht das Prioritätsurtheil als beschwerend an, weil darin das von dem Appellaten angesprochene Pfandrecht als zu Recht bestehend erkannt, und derselbe nicht vielmehr mit seiner Forderung als einer unbevorzugten in die fünfte Classe locirt worden sey.

---

3) „Das Gericht kann zur Ausmittelung der Entschädigungssumme eine Schätzung des Grundstücks durch Sachverständige, ohne an dieselbe gebunden zu seyn, anordnen. Es soll unter anderem auf die neuesten Verkäufe und Verpachtungen des Grundstücks, oder benachbarter Grundstücke gleicher Beschaffenheit, ferner auf die Besteuerung desselben, sowie auf den höhern Werth Rücksicht nehmen, den das Grundstück für den bisherigen Besitzer hatte. Immer aber kann nur auf den reellen und niemals auf den bloßen Affectionswerth Rücksicht genommen werden." Vgl. Bopp im Rechtslexikon Bd. 4 S. 140, 141.

Digitized by Google

Das Gericht zweiter Instanz verwarf die Berufung „wegen Mangels einer gegründeten Beschwerde.“ Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheil lassen jedoch keinen Zweifel darüber, daß die Beschwerde bloß als formell unstatthaft verworfen worden ist. Denn nicht weil das von dem Appellanten angefochtene Pfandrecht des Appellaten zu Recht bestehe und demzufolge die Beschwerde ungegründet sey, erfolgte die Verwerfung der Berufung, sondern der Gerichtshof verwarf sie, ohne auf eine Würdigung der Beschwerde und eine Prüfung des materiellen Rechtsverhältnisses der Parteien einzugehen, bloß deßhalb, weil er den Appellanten zur Erhebung der Beschwerde nicht für „legitimirt“ erkannte, indem zwischen dem Appellanten und dem Appellaten andere Gläubiger, in Beziehung auf welche das Prioritätsurtheil rechtskräftig geworden, locirt seyen, welche vor dem Appellanten zum Zuge kämen, die Summe aber, welche auf diese mittleren Gläubiger entfiele, vermöge der rechtskräftig feststehenden Priorität des Appellaten vor ihnen, dem Appellaten zuzuscheiden sey.

Diese Verweigerung einer Entscheidung über die Beschwerde wegen mangelnder Berechtigung des Beschwerdeführers zu deren Erhebung ist nichts anderes als der Ausspruch der formellen Unstatthaftigkeit der Beschwerde, und keine materielle Entscheidung. Gegenstand der Beschwerde ist aber nicht die Gantverweisung (Vertheilungsbescheid), sondern die durch das Prioritätsurtheil festgesetzte Rangordnung, und das Verlangen des Appellanten, aus den dem Appellaten zugewiesenen Mitteln befriedigt zu werden, nur die rechtliche Folge der von ihm beantragten Abänderung der Rangordnung. Daß seine Forderung im Verhältniß zu den Forderungen der übrigen Gläubiger der gesetzlichen Rangordnung gemäß locirt werde, ist unzweifelhaft jeder Gläubiger zu verlangen berechtigt; es kann ihm daher folgerichtig auch ein Recht zur Beschwerde nicht abgesprochen werden, wenn einem andern Gläubiger ein diesem nach seiner Ansicht nicht zukommendes Vorzugsrecht vor ihm eingeräumt worden ist, und es kann die Zulässigkeit dieser Beschwerde nicht davon abhängen, ob und welche Befriedigung der durch das angefochtene Prioritäts-

Digitized by Google

urtheil ſich für vernachtheiligt erachtende Gläubiger nach der Anſicht des Appellationsrichters im Fall ſeines Obſiegs aus der Gantmaſſe zu erwarten hat. Denn durch den Mangel an genügenden Vollſtreckungsmitteln kann ein an ſich ſtatthaftes Rechtsmittel nicht unſtatthaft, die an ſich begründete Berechtigung oder Legitimation eines Gläubigers zur Verfolgung eines Prioritätsſtreits nicht aufgehoben werden. Nicht gerechtfertigt war es daher, daß der nächſtvorige Richter dem Appellanten die Berechtigung zur Berufung wegen Mangels eines Intereſſe bei deren Verfolgung abgeſprochen und auf den Grund deſſen die Berufung verworfen hat; vielmehr war derſelbe verpflichtet, über die an ihn gebrachte Beſchwerde gegen die Location des Appellaten in die zweite Claſſe eine materielle Entſcheidung zu geben, und es hat dieſe Entſcheidung auch dann zu erfolgen, wenn der nächſtvorige Richter auf der von ihm ausgeſprochenen Anſicht, daß die durch die Gantverweiſung dem Appellaten zugewieſenen Befriedigungsmittel ſogar im Falle des Obſiegs des Appellanten von dieſem nicht beanſprucht werden können, beharren ſollte. Demgemäß wurde, unter Abänderung des angefochtenen Urtheils, die Berufung an den Kreisgerichtshof für ſtatthaft erkannt, und derſelbe angewieſen, über die Beſchwerde ſelbſt eine materielle Entſcheidung zu fällen.

Entſcheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 23 Mai 1855. (v. H.)

Der entgegengeſetzten Anſicht folgte ein München er OAGE. v. 11 Dec. 1854, in deſſen Motiven geäußert wurde: Wenn die in die II. Claſſe (zu den Hypothekforderungen) locirten Forderungen des P. F. und des W. H. aus dem Erlöſe der Hypothekobjecte keinenfalls vollſtändige Befriedigung erlangen werden, ſo bildet nicht der Betrag der Forderungen dieſer Gläubiger, ſondern nur jener Betrag, welcher den Revidenten durch deren Location in die II. Claſſe entzogen wurde, die Beſchwerdeſumme, d. h. jene Summe, um welche die Revidenten durch das angefochtene Urtheil beſchwert ſeyn können.

Blätter für Rechtsanwendung Bd. 20 Erg. Bl. S. 85 f.

Digitized by Google

356.

Paulianische Klage; Legitimation; Zulässigkeit der Erhebung nach heutigem Rechte; betrügliche Absicht des Cridars bei Bestellung von Hypotheken; Anfechtung von Zahlungen, welche durch Zwischengeschäfte (Cession u. dgl.) effectuirt sind.

Vgl. Bd. 2 Nr. 116, 352; Bd. 3 Nr. 247—50; Bd. 4 Nr. 274, 276; Bd. 5 Nr. 95; Bd. 6 Nr. 124, 125, 305; Bd. 7 Nr. 268.

1) Zur Erhebung der paulianischen Klage ist nur der benachtheiligte Gläubiger, nicht aber der Concurs-Contradictor legitimirt.

2) Die Vorschrift des römischen Rechts, welche die paulianische Klage erst mit der venditio bonorum beginnen läßt, kann bei dem heutigen, völlig veränderten Concursverfahren keine Anwendung mehr finden.

3) Zum Beweise der betrüglichen Absicht für die Durchführung der paulianischen Klage wird keineswegs der Nachweis erfordert, daß die Verkürzung des Gläubigers unmittelbar bezweckt worden; es ist vielmehr schon dann ein Betrug anzunehmen, wenn der Cridar und der begünstigte Gläubiger in dem Bewußtseyn, daß die übrigen Gläubiger verkürzt werden würden, gehandelt haben. Soll eine Hypothekbestellung als betrügerisch angefochten werden, so läßt sich aus dem Umstande, daß die Insolvenz des Cridars diesem und dem begünstigten Gläubiger bekannt gewesen, an und für sich und ohne Berücksichtigung der sonstigen Verhältnisse auf jenes Bewußtseyn nicht mit Sicherheit schließen, weil denkbarer Weise, der Insolvenz unerachtet, die Bestellung der Hypothek als unschädlich erscheinen konnte. Ebenso wenig ist der nachtheilige Erfolg der Hypothekbestellung mit Gewißheit in der Vorcollocirung des Begünstigten zu erkennen, denn erst bei Vertheilung der Masse kann sich zeigen, ob die mit der paulianischen Klage auftretenden Gläubiger ganz oder theilweise ihre Befriedigung erhalten werden. Es erscheint daher unzulässig, dem Kläger den Schaden zum Beweise zu verstellen, welcher für ihn durch die Hypothekbestellung bewirkt worden;

Digitized by Google

dieſer Punkt muß vielmehr, als der endlichen Entſcheidung anheimfallend, bis zur Vertheilung der Maſſe ausgeſetzt bleiben. Die Beweisauflage iſt darauf zu beſchränken: 1) daß der Cridar bei Beſtellung der beſtrittenen Hypothek gewußt habe, daß durch dieſelbe der klagende Gläubiger werde verkürzt werden; 2) daß dem Beklagten derzeit dieſe betrügeriſche Abſicht des Cridars bekannt geweſen ſey.

Erk. des OAG. zu Celle 1850, Joſeph Heine zu Bückeburg wider Banquier Hirſch Oppenheimer zu Gronau wegen Priorität, a. a. conc. cred. des Kaufmanns Kugelmann zu Lemförde.

4) Nach beſtimmter Vorſchrift des fr. 6 quae in fraudem creditorum (42, 8) iſt vor Eröffnung des Concurſes die Zahlung einer fälligen Schuld von Seiten des Gemeinſchuldners an den Gläubiger, welche letzterer zu erzwingen berechtigt ſeyn würde, erlaubt und der Anfechtung mittelſt der paulianiſchen Klage entzogen. Als unzuläſſig ſtellt ſich dagegen die Vornahme jedes andern Geſchäfts dar, wodurch die Ueberlaſſung von Sachen oder die Abtretung von Forderungen gegen einen beſtimmten Preis an den Gläubiger ſelbſt in der Abſicht vermittelt wird, daß der gedachte Preis gegen die Forderung des Gläubigers aufgerechnet werden ſolle, ſo namentlich eine Hingabe an Zahlungsſtatt in Verbindung mit einer Ceſſion. Ein derartiges Geſchäft kann vielmehr mittelſt der paulianiſchen Klage, wenn deren Vorausſetzungen im übrigen vorhanden ſind, angefochten werden, indem die Hingabe an Zahlungsſtatt und Ceſſion von dem Gläubiger nicht erzwungen werden konnte.

Erk. des OAG. zu Celle vom Jahre 1848 in Sachen Heins'ſcher Concurscurator zu Stade wider den Hausmann Stöwer zum Bützflether-Sande wegen gerühmter und geltend gemachter Anſprüche. (Erck.)

Digitized by Google

Register

über den neunten Band des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bezeichnen den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nro.)

I. Civilrecht.

Hauptstück I.

Allgemeine Lehren.

A. Rechtsquellen.

1. Prüfung der Gültigkeit des Gesetzes. Einrede der Erschleichung gegen Acte der Gesetzgebung. 245.

2. Gewohnheit. Observanz. a. Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Verjährung. 116. — b. Observanz. Verjährung. 243. — c. Derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes, namentlich in Bezug auf die Vorschriften über die Förmlichkeiten eines letzten Willens. 3.

3. Statutencollision. a. In Bezug auf Klagenverjährung. 246. — b. In Bezug auf Forderungen aus Delicten. 1. — c. Alimentationsansprüche des außerehelichen Kindes. 247. — d. Klage aus einem im Ausland ausgestellten Wechsel. 2. — e. Beachtung ausländischen Rechts, ist sie durch Bezugnahme darauf von Seite einer Partei bedingt? 248. Vgl. 210. — f. Einrede der Ungültigkeit nach den Gesetzen des ausländischen Vertragsortes. 210.

B. Allgemeine Grundsätze von den Rechten und deren Verfolgung.

1. Vom *jus quaesitum*. 244.

2. Privilegium. a. Rechtskraft gegenüber einem neueren Privilegium. 244. — b. Einrede der Erschleichung. 245.

Digitized by Google

3. Selbsthülfe, unerlaubte. Strafen derselben. Voraussetzungen 158.

4. Verjährung von Klagen und Rechten. a. Verjährung gegen Dorfgemeinden. 119. — b. Lauf der Verjährungszeit bei der Eigenthumsklage. Unterbrechung durch Klagstellung. Abweisung in der angebrachten Art. 250. — c. Unterbrechung der Klagenverjährung durch die Anstellung einer angebrachtermaßen abgewiesenen Klage. 251. — d. Unterbrechung der Klagenverjährung. Ob durch Kündigung? 249. — e. Eine verjährte Forderung eignet sich nicht zur Compensation. 253. — f. Verjährung bei terminlichen Leistungen (Renten). 117. — g. Langjährige Zahlung geringerer als der stipulirten Zinsen. Rentenkauf. 118.

Immemorialverjährung. S. unten Abschnitt F. Nr. 2.

5. Cautionen. a. Cautionsforderung nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. 122. — b. Cautionsleistung für Befreiung aus der Untersuchungshaft. Erledigung derselben durch Wiederverhaftung. 123.

6. Restitution. a. Verletzung durch Veräußerung einer Sache, für welche erhebliche Preissteigerung in Aussicht steht. 4. — b. Restitution minderjähriger Mitinteressenten, wiefern kommt sie großjährigen Theilhabern zu gute? 5. — c. Restitutionsnachsuchung durch den nachlässigen Vormund. 6. — d. Minderjährigkeit als Restitutionsgrund in Verlöbnißsachen. 39.

C. Von den Personen.

1. Von den physischen Personen. a. Nativitätstermine. Rechtmäßige Spätgeburt. 124. — b. Die Todeserklärung eines Verschollenen begründet keine Vermuthung, daß er bis zum Eintritt derselben gelebt hat. 254. Vgl. dagegen 310.

2. Von den juristischen Personen. a. Gemeindesache. 125. — b. Gemeindesachen. Besitzstörung in Ansehung gemeiner Wege. 255. — c. Die Gemeinde als Vertreterin der Gemeindeglieder in Schäfereiprocessen. 256. — d. Klage auf Anerkennung des Rechts zu Gemeindenutzungen. 257. — e. Rechtsverhältnisse einer Privatpensionsstiftung. Beziehungen zur Staatsgewalt. Recht der jeweiligen Interessenten, Statute zu errichten. 7.

D. Von den Sachen.

1. Ueber den Begriff eines öffentlichen Flusses. 258. — 2. Nutzungsbefugnisse in Bezug auf gemeinschaftliche Gewässer. 259. — 3. Verpflichtung zur Unterhaltung der Ufer eines öffentlichen Flusses. 260. — 4. Interdicte zum Schutze der Flußwassernutzung. Rechtsmittel der Müller. 161.

E. Von den Handlungen.

a. Irrthum. Vom Widerrufe gerichtlicher Erklärungen wegen Irrthums. 261.— b. Einwand des Dolus. 32. — c. Anfechtung eigener Handlungen. 6. — d. Convalescenz ungültiger Acte. Anfechtung eigener Handlungen, insbe-

Digitized by Google

sondere der Verabredungen, von einem Gemeinschuldner während des Debitverfahrens eingegangen, nach dessen Wiederaufhebung von jenem selbst oder dessen Rechtsnachfolger angefochten. 262.

F. Von Raum und Zeitverhältnissen.

1. Besitz. Quasibesitz bei Schulverbandsreichnissen. 126. Von possessorischen Rechtsmitteln s. unten Hptstck. III. Abth. II. lit. B. Nr. 1.

2. Unvordenklichkeit. a. Umfang der Wirksamkeit und Voraussetzungen derselben 120. — b. Unterbrechung der unvordenklichen Verjährung. 252. — c. Beweis der Unvordenklichkeit durch Eidesantrag. 121.

Hauptstück III.

Dingliche Rechte.

A. Eigenthum.

a. Wer vom Landesherrn erwirbt, ist gesichert. 263. — b. Nachbarrecht, das Ueberströmen von Rauch und Dampf betreffend. 218. — c. Die Area eines Hauses unter mehrere getheilt. Recht an Schirnen (Fleischbänken). 264. — d. Eigenthum an Alluvionen und in öffentlichen Flüssen entstehenden Inseln. 8. — e. Eigenthumserwerb durch lithographische Zeichnung. 127. — f. Ersitzung zufolge putativen Titels. 265. — g. Verjährung gegen Abwesende. 9. — h. Dreijährige Ersitzung beweglicher Sachen von Kirchen. 266. — i. Eigenthumserwerb des Waarenbestellers durch den Spediteur. Contreordre des Versenders. Beweislast. 128. — k. Dingliche Klage wegen Verletzung ohne Bestreitung des Rechts. 267. — l. Vindication versandter Waaren von Seite des Verkäufers in Folge eingetretener Insolvenz des Käufers. 128. — m. Vindication von Papieren auf den Inhaber. Beweislast über guten oder bösen Glauben. 206, 331. — n. Rechtsmittel, dem einen Gemeinschafts-Theilhaber gegen Anmaßungen des andern zustehend. Actio prohibitoria. 268. — o. Actio negatoria zur Erwirkung einer Löschung oder Umschreibung in öffentlichen Büchern. 138. — p. Actio negatoria in Bezug auf mittelbare Eingriffe in die Freiheit des Eigenthums (Erwirkung administrativer Verfügungen). 260.

B. Dienstbarkeiten.

1. Von Prädialservituten im Allgemeinen. Prädialservitut oder bloße persönliche Verbindlichkeit. 10.

2. Einzelne Prädialservituten. a. Wegegerechtigkeit an einem iter publicum. 136. — b. Vom Recht der Ueberfahrt über einen fremden bestellten Acker. 269. — c. Collision zwischen Weiderecht und Forstcultur. 135.

Digitized by Google

3. Nießbrauch. Usufructuarische Caution. Verbot testamentarischen Erlasses. Anspruch auf Inventarisation 137. — S. auch unten Hptst. VI. 3 lit. b.

4. Erwerb. a. Dienstbarkeitserwerb für ein Pachtgut. Scientia domini. 131. — b. Servitutenersitzung. Angebliches Erforderniß eines justus titulus. 132. — c. Servitutenersitzung. Beweis der opinio juris. 133, 134. — d. Ist scientia domini praedii servientis erforderlich? 130. — e. Ersitzung einer servitus discontinua bei einer Mehrheit von dienenden Grundstücken. 129.

5. Quasibesitz. Schutz in demselben. 157.

6. Rechtsmittel. a. Dingliche Klage wegen Verletzung ohne Bestreitung des Rechts. Jagdrecht. 267. — b. Actio negatoria. 34, 138, 260, 268.

C. Pfandrecht.

a. Hypothek-Uebergang an den für den Schuldner Zahlenden. Beneficium cedendarum actionum. 271. — b. Befriedigung des Vorhypothekargläubigers von Seiten des Pfandschuldners, nach einer durch letzteren vorgenommenen Pfandveräußernng. Einfluß auf die Rechte der späteren Pfandgläubiger. 270. — c. Pfandklage. Ersatz gemachter Verwendungen. Erstattung gezogener Nutzungen. 11. — d. Die deutschrechtliche Verjährung von Jahr und Tag bei gerichtlichen Auflassungen findet auf die Pfandklage keine Anwendung. 12. — e. Verzicht des Pfandgläubigers auf sein Pfand- und Vorzugsrecht durch Mitwirkung bei der Ausfertigung der Urkunde über die weitere Verpfändung. 13. — S. auch unten Civilproceß. Abth. II. Nr. 3 lit. c.

Hauptstück III.

Recht der Obligationen.

Abtheilung I. Das Allgemeine.

A. Verschiedenheit der Obligationen nach den Personen.

a. Zwei correi debendi. Der Eine vom Gläubiger beerbt. 272. — — b. Correalschuldner. Einrede der Theilung. Beweislast. 140.

B. Gegenstand der Obligation.

a. Das Verbot der Zinsen ultra alterum tantum findet auf die während des Concurses aufgelaufenen Zinsen keine Anwendung. 14. — b. Condiction wegen Wuchers. 297. — c. Schadensersatz. Kann der Schadensersatz-Pflichtige dem Berechtigten den Gewinn aufrechnen, welchen dieser in Folge der beschädigenden Unterlassung durch positives Thun hätte machen können? 273.

Digitized by Google

C. Erfüllung der Obligation.

a. Erfüllungszeit. Creditbewilligung mit der Zeitbestimmung: „wie es dem Schuldner gerade passe und in seinen Kräften stehe." 15. — b. Rücktritt von zweiseitigen Verträgen wegen Mora des andern Contrahenten. Exc. non impleti contractus. 139. c. Purgatio morae. Billige Zahlungsfrist. 32.

D. Entstehung der Obligation.

Allgemeine Grundsätze von Verträgen

1. Pollicitation. Auslobung. a. Voraussetzungen eines verbindlichen Gelübdes (Pollicitation). 274. — b. Stellung einer Preisaufgabe (Auslobung). Hinterlegung der ausgelobten Summe bei einer öffentlichen Behörde. Depositum oder Sequestration. 275. — c. Auslobung. Erlischt sie durch den Tod eines der Preisrichter? 276.

2. Willensact bei Verträgen. a. Wiefern kommt es bei Verträgen auf Entschuldbarkeit des Irrthums an? 141. — b. De dolo actio. Lata culpa aequiparatur dolo. 144.

3. Gewähr physischer Mängel und angerühmter Vorzüge. a. Entschädigungsanspruch wegen Mangelhaftigkeit der Waaren. Einwand der Unterlassung rechtzeitiger Benachrichtigung. Handel auf Besicht oder Probe. 277.

4. Verbindlichkeit zur Evictionsleistung. a. Kaufobject mit Hypotheken belastet. Retention des Kaufgeldes, auch gegen den Concurscurator. 142. — b. Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Hypotheken cessirt, wenn dem Käufer die Hypotheken bekannt waren. 278.

5. Rescission wegen Verletzung über die Hälfte. a. Veranschlagbarkeit der Gegenleistung. 143. — b. Auf den Kauf in öffentlicher Versteigerung, selbst in der außergerichtlichen, findet die Rescission wegen Verletzung über die Hälfte keine Anwendung. 17.

6. Wirkungen der Verträge a) bei Verträgen zu Gunsten Dritter. 18. — b. Wirksamkeit der Rechnungsclausel: salvis melioribus. 281. — c. Einwand mangelhafter Vertragserfüllung. 216. — d. Periculum. 325.

7. Bestärkungsmittel. Conventionalstrafe. Verwirkung. Vorgängige Mahnung. 32.

E. Erlöschung der Obligation.

1. Erfüllung. a. Verbindlichkeit zur Ausstellung einer Quittung zum Zwecke einer Hypothekslöschung. 19. — b. Verbindlichkeit zur Quittungsausstellung. 20. — c. Klage auf Quittungsausstellung. 21.

2. Compensation. a. Compensation. Retentionsrecht. Kommt es auch bei diesem auf Liquidität des Gegenanspruchs an? 279. — b. Illiquide Compensationsposten. Gegenforderung auf einen angeblich anerkannten Rechnungssaldo. 145. — c. Bedungene baare Zahlung. Einrede der Compensation. 146.

3. Vertragsaufhebung wegen Nichterfüllung eines Theils. 286.

Digitized by Google

F. Cession der Forderungen.

a. Ungültigkeit der Cession einer Forderung gegen die Pupillen an den Vormund. 23. — b. Collision zwischen dem Cedenten eines Forderungstheiles und dem Cessionar. 280.

G. Klagen aus der Obligation.

Klage zur Bewahrung von Vertragsrechten, welche künftig zur Verwirklichung kommen sollen; insbesondere gegen den künftigen Erblasser von Seite des Erbvertrags-Acceptanten. 22.

Abtheilung II. Einzelne Obligationen.

A. Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

1. Darlehen. a. Darlehensaufnahme durch den Geschäftsführer einer Handlung. 147. — b. Anerkennung einer Darlehensschuld durch Zinszahlung. Exceptio non numeratae pecuniae. 148. — c. Querela non numeratae pecuniae. 297.

2. Depositum. Sequestration. Hinterlegung der in Bezug auf eine Preisaufgabe ausgelobten Summe bei einer öffentlichen Behörde. 275.

3. Kauf. a. Voraussetzung der Verbindlichkeit zur Verzinsung des Kaufgeldes. 24. — b. Auszahlung von Haus-Kaufgeldern, für den Fall bedungen, daß Verkäufer von Käufer nicht gut gehalten werden und sich genöthigt sehen sollte, von ihm wegzuziehen. 152. — c. Schadenersatz wegen Hintertreibung eines Gutsverkaufes. 25. — d. Handel nach Probe. Annahme der Waaren. 88. — e. Kauf oder Pacht? 325. — S. auch oben Abth. I, D. Nr. 3—6.

4. Vertragsartige Dienstverhältnisse. a. Werkverdingung (conductio operis). Die Contractsnatur der Uebernahme des Drucks einer Schrift. 283. — b. Einwand accordwidriger Bauführung. 216. — c. Kirchendienst. Entlassung Geistlicher kraft protestantischer (insbesondere reformirter) landesherrlicher Episkopalgewalt. §. 59 des R. Deput. H. Schlusses von 1803. 291. — d. Kirchendienst. Quiescirung eines Pfarrers wegen verschuldeter Dienstunfähigkeit. 212.

5. Führung fremder Geschäfte. a. Befugnisse des Generalmandatars 26. — b. Sohn oder Schwiegersohn als präsumtive Mandatare. 284. — c. Verbindlichkeit des Mandatars, alles durch das Geschäft Gewonnene an den Mandanten abzuliefern, in Anwendung auf das Verhältniß zwischen Schiffer und Rheder. 153. — d. Einkaufscommission. Allgemeiner Einwand, die Waare habe der Ordre nicht entsprochen. 27. — e. *Negotia gesta.* Nichtversprochene Vergütung für zugewandte Vortheile. 29. — f. Reparatur eines fremden Bauwerkes als Geschäftsführung geltend gemacht. 285. — g. Vertragsaufhebung wegen Nichterfüllung eines Theils. Ersatz der von diesem gemachten

Digitized by Google

Verwendungen aus dem Standpunkte der Geschäftsführung gefordert. Voraussetzung der Bereicherung. 286. — S. auch unter Hptst. VII, 7 lit. i.

6. Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. a. Haftung eines geschäftsführenden Socius für vernachlässigten Gewinn. Substanziirung des Anspruchs. 28. — b. Ersatz-Anspruch eines Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft. 30. — c. Gewinn aus unerlaubter Gemeinschaft. Condicirung der Einschüsse. 287. — d. Rechtsmittel, dem einen Gemeinschafts-Theilhaber gegen Anmaßungen des andern zustehend. 268. — e. Theilungsklage. Verpflichtung zur Aufstellung eines Theilungsplans. 154. — S. auch unter Hauptst. VI, 3 lit. a.

7. Schenkung. a. Unverbindliche Aeußerung der Schenkungs-Absicht. 288. — b. Verpflegungsvertrag. Erbvertrag oder Schenkung sub modo. 155.

8. Spielverträge. Unwirksamkeit der Spielschulden. 289.

9. Verträge zur Schlichtung zweifelhafter Rechtsverhältnisse. Obmanns-Function erloschen durch Rücktritt eines der Schiedsrichter, welche den Obmann gewählt haben. 156.

10. Intercessionen. a. Verbürgung für einen Haussohn. Verliert der Bürge das Recht, die exc. SC. Maced. zu gebrauchen, wenn der Hauptschuldner nach Endigung der väterlichen Gewalt die Schuld anerkennt? 290. — b. Anfechtung der Einwilligung in eine Schuld-Ueberweisung, unter dem Vorwande, nicht als Gläubiger eingewilligt zu haben. 31.

11. Modificirende Verträge. a. (*Constitutum debiti proprii.*) Anerkennung. Eine Darlehensschuld durch Zinszahlung anerkannt. 148. — b. Anerkennung als Klagegrund. 149. — c. Anfechtung der Anerkennung einer Schuld. 150. — d. Anerkennung durch Rechnungsstellung. Abrechnungsgeschäft. 151. — e. Lex commissoria. 32.

B. Obligationen aus Vergehen und andern unerlaubten Handlungen.

1. Obligation aus der Störung und Entreißung des Besitzes. a. Interdictum uti possidetis zur Regulirung der Parteirollen für den künftigen Streit über das Eigenthum. 33. — b. Störungen des Besitzes zur Begründung des interdictum uti possidetis. Caution wegen bevorstehender Besitzstörungen. 34. — c. Eigenmächtige Besitznahme einer als Eigenthum beanspruchten unbeweglichen Sache. 158. — d. Schutz im Besitze eines öffentlichen Platzes. 159. — e. Vom Schutze im Quasibesitze bei Servituten. 157.

2. *Operis novi nunciatio* in Bezug auf Wasserbauten. Mühleninteresse. 161.

3. *Interdictum quod vi aut clam.* 292.

4. Von widerrechtlichen Veränderungen des Wasserlaufs. Uferbeschädigung. a. Macht es einen Unterschied, ob sich der bisherige Wassergraben als natürliche Vertiefung oder als künstliche Vorrichtung darstellt? 160. — b. Interdicte zum Schutze der Flußwasser-Nutzung. 161. — c. Ueber

Digitized by Google

die jetzige Anwendbarkeit der im röm. Rechte zum Schutze der Schifffahrt in öffentlichen Flüſſen gegebenen Interdicte. 293. — d. Beſchädigung der Ufer und Uferwerke durch Dampfſchifffahrt. 35.

5. Anſprüche aus erlittener Defloration. a. Anſprüche aus dem außerehelichen Beiſchlafe. Erforderniß der Verführung. 294. — b. Beſtimmung der Satisfactionsſumme pro defloratione. 295. — c. Anſprüche aus außerehelichem Beiſchlaf und geleiſtetem Eheverſprechen. Wirkung der Einlaſſung auf die Klage in Betreff des activen Klagübergangs. 164. — d. Die Verweigerung des väterlichen Eheconſenſes verwandelt die alternative Verpflichtung des Stuprators in eine einfache. Größe der Satisfactionsſumme. 296. — e. Verurtheilung des Schwängerers, zu ehelichen oder zu dotiren. Alternative Verbindlichkeit. Wirkung des Verzugs. 163. — f. Defloration anſpruch gegen die Erben. Verheirathung der Defloritten mit einem Dritten. 36. — g. Wirkſamkeit der exc. plurium concumbentium ohne Rückſicht darauf, daß der andere concumbens angeblich der Verlobte der Stuprirten geweſen. Begränzung der gedachten Einrede hinſichtlich der Zeit des behaupteten anderweiten Beiſchlafs. 166. — (Vgl. die folgende Abth. C. Nr. 1.)

C. Von den übrigen vermiſchten Fällen der Obligation.

1. Alimenten-Anſpruch aus außerehelicher Vaterſchaft. a. Alimentenklage vor der Entbindung. 165. — b. Einrede mehrerer Conſtuprateren hinſichtlich der Alimentenklage. 167. — c. Schwängerungsklage auf einen beſtimmten Zeitpunkt der Conceptionsperiode geſtellt. Eideszuſchiebung, die ganze Conceptionsperiode umfaſſend. 162. — (Vgl. die vorhergehende Abth. B. Nr. 5.)

2. Beſchädigung durch Sachen. Cautio damni infecti. 34, 35.

3. Obligation auf Vorzeigen einer Sache. Begründung der actio ad exhibendum in Bezug auf die Bezeichnung des zu Exhibirenden. 38.

4. Obligationen aus der Bereicherung auf Koſten eines andern. Condictio sine causa (ex injusta causa). Rückforderung wegen Wuchers. Beziehung zur non numeratae pecuniae querela. 297.

5. Obligationen aus Staats- und Kirchen-Rechtsverhältniſſen. S. oben Abth. A. Nr. 4.

Hauptſtück IV.

Von den Familienrechten.

A. Von der Ehe.

1. Von Eingehung und dem Rechtsbeſtande der Ehe. a. Verlöbnißklage. Schwangerſchaft der Klägerin. Beweislaſt darüber, ob vom Beklagten oder einem Dritten. 37, 166. — b. Minderjährigkeit als Reſtitutionsgrund in Verlöbnißſachen. Läſion. 39. — c. Väterlicher Conſens zur Eingehung der Ehe. Verſprechen eine beſtimmte Perſon nicht heirathen zu wollen. 40.

Digitized by Google

Vgl. 296. — d. Verletzung eines ehegerichtlich ausgesprochenen Wiederverheirathungsverbotes begründet keine Ehe-Nichtigkeit. 299. — e. Nichtigkeit resp. Trennung der Ehe wegen venerischer Krankheit. 168.

2. Ehescheidung. a. Gefährdung der Gesundheit des Ehegatten durch das Betragen des andern Ehetheils als Ehescheidungsgrund. 41. — b. Trennung der Ehe wegen venerischer Krankheit. 168. — c. Zwangsmaßregeln wegen böslicher Verlassung. 42.

3. Rechte in Ansehung des Vermögens. a. Praesumtio Muciana. Nichtanwendbarkeit derselben bei längerem nach dem Tode des Mannes fortgesetztem Besitze der Wittwe. 298. — b. Veräußerung des fundus dotalis. Anfechtung durch den veräußernden Ehemann. 169. — c. Nachtheile der zweiten Ehe. Aufnahme des Ehemanns auf das Meiergut keine Liberalität. 43. — d. Dispositionsbeschränkung in Beziehung auf den zweiten Ehegatten. Was gebührt demselben, wenn dem Kinde der ersten Ehe nichts, oder weniger als der Pflichttheil hinterlassen ist? 173. — e. Letztwillige Remission der poenae secundarum nuptiarum. 300. — f. Vor Eingehung der Ehe errichtete Ehepacten bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner öffentlichen Bekanntmachung. 171. — g. Vertragsmäßiger Nichteintritt der gesetzlichen ehelichen Gütergemeinschaft. 170. — h. Kann bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann von Seite der Ehefrau die Antretung einer ihr angefallenen Erbschaft erzwingen? 301. — i. Fortdauer der ehelichen Gütergemeinschaft bei Domicilsveränderung. Aufhebung derselben durch facta concludentia. 302. — k. Merkmale eines gemeinschaftlichen Handels der Eheleute. 172.

B. Von der väterlichen Gewalt.

a. Wird das durch minus plena adoptio begründete Rechtsverhältniß durch Verheirathung der Adoptivtochter aufgehoben? 303. — b. Verträge zwischen Vater und Hauskind. 44. 304. — c. Haftbarkeit des Hausvaters für die Handlungen seines Sohnes, insbesondere für dessen Schulden in der Universitätsstadt. 305. — d. Von der Verpflichtung des Vaters, die Schulden des in seiner väterlichen Gewalt befindlichen Kindes zu berichtigen. 306. — e. Kein Anspruch erwachsener Kinder auf Lohn für häusliche Dienste. 174.

C. Vormundschaft und Güterverwaltungen.

a. Befreiung von der Vormundschaft wegen Daseyns eigener Kinder. 175. — b. Vormundsbestellung bei mehreren gleich nahen Verwandten. Anwendbarkeit der Vorschriften der Nov. 118 Cap. 5. 176. — c. Capitalien-Einklagung durch den Vormund. 307. — d. Gesetzliche Verschollenheits-Curatel der nächsten Verwandten. 45. — e. Competenz zur Bestellung eines curator absentis. 177. — f. Geschlechtsvormundschaft bei unverheiratheten Frauenspersonen. 178. — g. Zuziehung des Geschlechtscurators bei der Testamentserrichtung. 179.

Digitized by Google

Hauptstück V.

Das Erbrecht.

A. Testamentarische Erbfolge.

a. Erfordernisse des gerichtlichen Testaments. Ist die Beweiskraft eines Protokolls durch Vorlesung und Genehmigung bedingt? 308. — b. Zuziehung des Geschlechtsvormunds bei der Testamentserrichtung. 179. — c. Testirungsbefugniß der Ehegatten bei dem Güterstande: „Längst Leib, längst Gut." 181. — d. Ueber testamentifactio passiva solcher Descendenten, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht concipirt waren. 309. — e. „Kinder" einer Person als Honorirte. 183 (mit Nachtrag S. 320). — f. Wiefern sind correspective Testamente einseitig widerruflich? 180. — g. Clausel in letzten Willen, eventuelle Geltung als Schenkung unter Lebenden betr. 187. — h. Voraussetzungen, unter welchen ein Beweis über die Absicht des Testirers nachzulassen. 182. — i. Infirmation eines letzten Willens durch spätere Begebnisse. 184. — k. Einfluß nachheriger Eheschließung (resp. der Entziehung der statutarischen Portion) auf die Gültigkeit des Testamentes. 186. — l. Vernichtung eines Testamentsexemplars. 185. — m. Testamentsvollstrecker und gerichtliche Nachlaßregulirung. Clausula privatoria. 188.

B. Intestaterbfolge.

a. Erbrecht der Jungfernkinder, von der Mutter geltend gemacht. 46. — b. Das s. g. Brautkind von seinem Vater beerbt. 189. — c. Voraussetzung des Intestaterbrechts der Wittwe. 47. — d. Längst Leib, längst Gut. 181.

C. Erbfolge aus Verträgen.

a. Verpflegungsvertrag. Erbvertrag oder Schenkung sub modo. 155. — b. Zusicherungen letztwilliger Zuwendung. Wiefern sind sie zur Behauptung eines Erbvertrages dienlich? 48. — S. auch unten Abth. E. lit. f. und Abth. F. lit. a.

D. Erwerb und Geltendmachung der Erbfolge. Rechtsmittel. Erbvertheilung. Collation.

a. Kann der Erbschaftserwerb für einen Verschollenen stattfinden? Gilt der Verschollene bis zur Zurückiegung des 70sten Lebensjahres (resp. bis zur Todeserklärung) für lebend? 49, 254, 310. — b. Gültigkeit der Erbschafts-Antretung resp. Testamente-Anerkennung durch den Vormund. 311. — c. Erbschaftsantretung durch Einklagung einer Erbschafteforderung. 312. — d. Erbschaftserwerb nach prätorischem Rechte. 313. — e. Distributionsrecht des Beneficialerben. 50. — f. Verhältniß des in re certa institutus den Mitrben gegenüber. 51. — g. Verhältniß der hereditatis petitio zur rei vin-

dicatio. 311. — h. Das Daseyn eines Testamentes, klagenden Intestaterben gegenüber in Frage. Beweislast. 314. — i. Beweis bei Intestaterbansprüchen. 315. — k. Beweispflicht beim Vorhandenseyn mehrerer mitberufenen Erben. 316. — l. Ueber das remedium ex l. ult. Cod. de edicto D. Hadr. tollendo. Ist dieses Rechtsmittel dem auf eine gewisse Sache eingesetzten Erben zu versagen? 317. — m. Erbtheilungsklage. Einrede der mehreren Miterben. Begründung der Klage. 190. — n. Verzugszinsen-Anrechnung gegen Collationspflichtige. 191. — o. Studiengelder nicht collationspflichtig. 190.

E. Codicille. Vermächtnisse. Universalfideicommisse.

a. Form der im voraus bestätigten Codicille. Fideicommissum heredi praesenti injunctum. 52. — b. Codicill, vor dem Testamente errichtet. 192. — c. Ueber das Wahlrecht des Legatars bei dem legatum alimentorum. 320. — d. Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen über das Vermögen des eingesetzten Erben. 311. — e. Testamentarische Verfügung, die Substanz des Vermögens bis zu einem gewissen Zeitpunkte nicht anzugreifen. 318. — f. Fideicommissa pactitia. Gültigkeit derselben nicht durch Acceptation bedingt. Cautionsleistung bei denselben. Retentionsrecht. 319.

F. Notherbenrecht.

a. Notherbenrecht im Verhältniß zu Erbverträgen unter Dritten. 321. — b. Pflichttheilsergänzungsklage. 49. — c. Einfluß der Entziehung der statutarischen Portion auf die Gültigkeit des Testamentes. 186. — d. Querela inofficiosae donationis, deren Begründung und Tragweite. 193.

Hauptstück VI.

Von besondern deutschrechtlichen Güterverhältnissen. Bannrechte. Kirchen- und Schulbau-Last.

1. Deutschrechtliche Familienfideicommisse. Ein Vertrag, in welchem sich mehrere Brüder gegenseitig verpflichten, daß ihre Besitzungen nur auf den ältesten unter den Erbberechtigten im Mannsstamme vererbt werden sollen, begründet keine rechtsverbindliche Stiftung eines Familienfideicommisses. Von Autonomie des niederen Adels. 194.

2. Jagdrecht. a. Verletzung desselben ohne Rechts-Bestreitung. Dingliche Klage. 267. — b. Jagdrecht mit Gegenreichniß. Kauf oder Pacht? Folge der Aufhebung durch neues Gesetz. 325.

3. Bauerngüter. a. Vorbehalt der Wirthschafts-Gemeinschaft bei elterlichem Guts-Anschlag. Anwendbarkeit der Grundsätze des röm. Rechts vom Gesellschaftsvertrage. 195. — b. Deutschrechtliche Alimentations- und Auszugsverträge. Cautio usufructuaria. 197. — c. Meierrecht. Verpflichtung der

Digitized by Google

Geschwister des Stellwirths gegen Empfang der Abfindung die Stelle zu räumen. 322. — d. Umfang des Einsitzrechtes der Geschwister beim bäuerlichen Gutsanschlag. 196. — e. Verpflichtung des Gutsübernehmers zur Zahlung der Schulden des Abtretenden. 53.

4. Näherrecht. a. Die Geltendmachung des Beispruchs- (Näher-) Rechts setzt die vorgängige Befriedigung des Käufers wegen der von demselben übernommenen Verbindlichkeiten voraus. 198. — b. Geltendmachung der Erblosung von Seite entfernterer Erben. 199.

5. Reallasten. a. Verjährungserwerb bei Reallasten. 201. — b. Erlöschung der Reallasten durch Nichtausübung. 323. — c. Thauengeld ein Frohnsurrogat. 200.

6. Bannrechte. Der Mahlzwang schließt das Verbot der Mehleinfuhr in sich. 324.

7. Kirchen- und Schul-Baulast. a. Baupflicht der Kirchspielsgemeinden an ehemaligen Klosterkirchen. 326. — b. Kirchen- und Schul-Baulast bei vermehrtem Bedürfnisse. 54.

Hauptstück VII.

Handels- und Wechselrecht. Papiere *au porteur*. Gewerbsrechte. Nachdruck.

1. Handels-Usancen. Beweis durch Zeugen, ohne Anführung specieller Fälle. 202.

2. Waarenhandel. Constatirung des Emballage-Gewichts. 203.

3. Commission und Spedition. Fuhrmannshaftung. a. Aufrechnungen des Verkaufs-Commissionärs für Verpackung und Expedition zurückgesandter Waaren. Auslieferungsprovision. 57. — b. Haftung des abliefernden Fuhrmanns für die bei einem vorhergehenden Fuhrmann entstandene Beschädigung des Frachtgutes. 56. — S. auch oben Hptstck. II, A lit. i und Hptstck. III Abth. II, A Nr. 5 lit. d.

4. Contocorrent. Vorbehalt einer zu ertheilenden reinen Quittung, einem Contocorrent beigefügt. 55.

5. Handelsgesellschaft. a. Die Annahme einer Firma für die gemeinschaftliche Führung eines Handelsgeschäftes begründet die solidarische Haftung der Handelsgesellschafter. 327. — b. Die solidarische Verpflichtung der Handelsgesellschafter folgt aus dem Uebereinkommen über die Führung einer Firma. 328.

6. Papiere *au porteur*. Ueber die Rechtsverhältnisse, welche rücksichtlich der auf den Inhaber lautenden Werthpapiere vorkommen. Vindication. Keine Vermuthung für den redlichen Erwerb. Beweislast. 206. Vgl. 331.

7. Wechselrecht. a. Ende eines Monats als Zahlungszeit in Wechseln. 58. — b. Bestimmung der Zahlungszeit eines Wechsels ohne Jahreszahl. 59. — c. Eine Unterschrift auf der Vorderseite des Wechsels als Blanco-Indossament nicht wirksam. 60. — d. Accept vor der Unterschrift des Ausstellers.

Digitized by Google

61. — e. Wechselaccept unter Modificirung der Zahlungszeit. 62. — f. Wechselaccept für eine Waarenschuld. Wiefern liegt darin Tilgung durch Novation? 63. — g. Protesturkunde. Unrichtige Abschrift eines Indossaments. Unwirksame Bezugnahme auf den richtigen Eintrag im Protest-Register. 64. — h. Indossirung nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist. Regreßrecht aus solcher Indossirung. 65. — i. Unterlassung des Protestes Mangels Zahlung mittelst Zustimmung des Regreßpflichtigen. Geschäftsführung. 209. — k. Domicilwechsel. Protesterhebung. 329. — l. Vorlegung des Wechsels und Protestes ist nicht Voraussetzung der Wechselregreßklage. 66. — m. Keine Verbindlichkeit des Wechselschuldners (insbesondere des Regreßpflichtigen), die Wechselzahlung zu überbringen. Zahlungslocale. 67. — n. Unstatthaftigkeit der Einreden von Wechselbeklagten: α) an einen Vormann gezahlt zu haben, β) der Simulation. 68. — o. Einrede der Zahlung gegen Wechselforderungen. 207. — p. Einrede der Verjährung gegen Wechselforderungen. Unterbrechung durch Einklagung im Concurse. 208. — q. Schuldverschreibung mit der Wechselclausel, verschieden vom eigenen Wechsel. 69. — r. Unterlassene Präsentation eines eigenen Wechsels zur Zahlung. 330.

8. Gewerbsrechte. a. Verlust des Braurechts durch Nichtgebrauch. 70. — b. Ueber die Berechtigung des Meisters, seinen Lehrling körperlich zu züchtigen. 71.

9. Nachdruck. Lithographische Abbildungen von Gemälden. Schutz gegen widerrechtliche Nachbildung. 72.

II. Civilproceß.

A. Statuten-Collision.

a. Einrede der Ungültigkeit nach den Gesetzen des ausländischen Vertragsortes. 210. — b. Beachtung ausländischen Rechts, ob durch Bezugnahme darauf von Seite einer Partei bedingt? 248.

B. Vom Gegenstande des Rechtsstreites.

a. Civilproceß- oder Disciplinarsache nach Theaterstatuten. 73. — b. Competenzdifferenzen zwischen Gerichts- und Polizeibehörden. 74. — c. Unzuständigkeit der Gerichte bei Streitigkeiten über Steuerforderungen ausländischer Finanzbehörden gegen Inländer. 211. — d. Gränzen zwischen Justiz- und Regiminal-, beziehungsweise zwischen Civil- und Criminalgerichtssachen. Quiescirung eines Pfarrers wegen verschuldeter Dienstunfähigkeit. 212. — e. Justiz- oder Verwaltungssache. 285.

C. Vom Subjecte des Rechtsstreites.

A) Vom Gerichte.

a. Gerichtsstand der geführten Verwaltung. 75. — b. Gerichtsstand der materiellen Connexität ist nicht begründet, wenn eine rechtskräftig verworfene

Digitized by Google

Einrede auf dem Wege einer neuen Klage geltend gemacht wird. 213. — c. Gerichtszuständigkeit. Intervention im Executionsverfahren. 76. — d. Prorogatio im Executionsverfahren. 77. – S. auch unten Abth. II. Nr. 3 lit. a.

B) Von den streitenden Theilen.

a. Befugniß des pubes zur selbständigen Rechtsverfolgung in Matrimonialsachen. 78. — b. Wirkung der clausula heredum. 79. — c. Obervormundschaftliche Genehmigung zur Proceßführung. 332.

D. Von Klagen und Einreden. Weitere Verhandlungen.

1. Klagen. a. Klagbegründung bei Lohnforderungen für Handwerksarbeiten. 214. — b. Muß der Kläger aus zweiseitigem Vertrage in der Klagschrift anführen, er selbst habe seinerseits den Vertrag erfüllt? 333.

2. Einreden. a. Exceptio divisionis nicht von Amtswegen zu erfüllen. 334. — b. Voraussetzungen der Einrede der Litispendenz. 80. — c. Gränzen der Einrede der Litispendenz. 215. — d. Einwand mangelhafter Vertragserfüllung. 216.

3. Weitere Verhandlungen. a. Klagergänzung in der Replik. Einlassung darauf in der Duplik. 335. — b. Protokoll-Erfordernisse. 308.

E. Von Ladungen und Fristen.

Nichtberücksichtigung einer bewilligten Frist. Voraussetzung, unter welcher die Gegenpartei darauf antragen kann. 81.

F. Urtheile. Rechtskraft. Proceßkosten.

1. Urtheile. a. Ergebniß der richterlichen Würdigung des Einwandes mangelhafter Vertragserfüllung, insbesondere accordwidriger Baufführung von Seite des klagenden Baumeisters. 216. — b. Richterliches Ergänzungsamt, den Grund geforderter Zinsen betr. 84. — c. Actenversendung auf einseitigen Antrag decretirt. Rechtsmittel dagegen. 85.

2. Rechtskraft. a. Ein vorausgegangenes Verfahren als Bedingung der Rechtskraft eines Erkenntnisses. 217. — b. Ueber den Einfluß eines verurtheilenden Straferkenntnisses auf den Civilpunkt. Auslegung des Art. 198 der C. C. C. 82. — c. Wirkung der Strafgerichtsentscheidung auf den spätern Civilproceß. 83. — d. Klage aus einem dem Beklagten günstigen Urtheile. 336. — e. Rechtskraft über Sachlegitimation. 86.

3. Proceßkosten. a. Cautionsleistung wegen der Proceßkosten durch Hinterlegung inländischer Staatsschuldscheine von wechselndem Course. 87. — b. Verbindlichkeit zur Erstattung der Procuraturgebühren. 337.

G. Vom Beweise.

1. Beweisinterlocut. a. In gewissen Fällen thut es noth, dem Richter ein freies Urtheil über das Gewicht der einzelnen zum Beweise verstellten

Digitized by Google

Umstände und die daraus zu ziehende Folge vorzubehalten. 218. — b. Voraussetzungen, unter welchen ein Beweis über die Absicht des Testirers nachzulassen. 182. — Vgl. auch unten Nr. 5.

2. Beweislast. a. Ueber opinio juris bei der Servitutenersitzung. 133. — b. Einrede der Theilung. 140. — c. Bei dem Handel nach Probe. 88. — d. Ueber Angemessenheit der für Handwerksleistungen (wie in Gastwirths- und Kaufmanns-Rechnungen) angesetzten Preise. 339. — e. Bei der cassatorischen Clausel. 340. — f. In Bezug auf den Urheber der Schwangerschaft einer Verlobten. 37. — g. Ueber das Daseyn eines Testamentes, klagenden Intestaterben gegenüber. 314. — h. Bei Intestaterbansprüchen. 315. — i. Beim Vorhandenseyn mehrerer mitberufenen Erben. 316. — k. Ueber Contre-Ordre des Versenders an den Spediteur. 128. — l. Bei der Vindication von Papieren au porteur über guten oder bösen Glauben. 206. 331. — Vgl. auch unten Nr. 7 lit. m.

3. Beweissatz bei dinglichen und diesen analogen Klagen. 89.

4. Beweisfrist. Anfang derselben, wenn das Beweisinterlocut nur theilweise von der Rechtskraft entbunden worden ist. 341. — S. auch unten Nr. 7 lit. p.

5. Gegenbeweis. Bei erwiesenem Klaggrund kann nur die Anführung specieller erheblicher Thatumstände die Nachlassung eines Gegenbeweises rechtfertigen. 338.

6. Zeugenbeweis. a. Der Mandatar als Zeuge. 90. — b. Gemeindeglieder, wiefern als Zeugen zulässig? 91. — c. Verwandtschaftliches Verhältniß des Zeugen zu den beiden Streittheilen. 92. — d. Zunftgenossen als Zeugen in den Processen der Zunft. 219. — e. Wenn auch ein unfähiger Zeuge rechtskräftig zugelassen worden ist, so darf doch auf dessen Aussage kein Gewicht gelegt werden. 220. — f. Einreden gegen die Zulässigkeit von Zeugen. Beweis des Unfähigkeitsgrundes. 93. — g. Beweiskraft der in einem zwischen andern als den jetzt streitenden Theilen anhängig gewesenen Processe erhobenen Zeugenaussagen. 94.

7. Urkundenbeweis. a. Durch Bezugnahme auf Acten angetreten. 342. — b. Amtsbefugniß zur Actenadjunction. 222. — c. Oeffentliche Urkunden ausländischer Behörden. 344. — d. Urkunden ausländischen Ursprungs. 345. — e. Beweiskraft eines Amts-Erbbuchs. Würdigung der Beweiskraft von Amtswegen. 95. — f. Beweiskraft der Pfarrmatrikel. 98. — g. Attestationen standesherrlicher Archivare. 97. Consulats-Atteste. 112. — h. Das Copirbuch als Beweismittel. 96. — i. Urkundenbeweis-Antretung durch unbeglaubigte Abschriften. 99. — k. Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte. Vom sicheren Datum. 343. — l. Von Interlineaturen in Beweisurkunden. 100. — m. Vermuthung für die vollständige Aufzeichnung eines Geschäfts durch Errichtung einer Urkunde über dasselbe. Beweislast. 223. — n. Ist die Beweiskraft eines Protokolls durch Vorlesung und Genehmigung bedingt? 308. — o. Verbindlichkeit des Klägers zur Urkundenedition. 221. — p. Muß mit dem inner-

Digitized by Google

halb der Beweisfrist eingebrachten Editionsgesuche die ausdrückliche Bitte um Offenhaltung dieser Frist verbunden werden? 101. — q. Angebliche Nothwendigkeit der Bescheinigung, daß der Editionsbeklagte im Besitze der zu edirenden Urkunde sey, zur Begründung des Editionsgesuchs. 102. — r. Modalität der Urkundenedition. 103.

8. Beweis durch Eid. a. Eideszuschiebung zum Beweise der Größe eines erlittenen Schadens als unzulässig verworfen. 104. — b. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung über prästirte Diligenz. 105. — c. Glaubenseid. 106. — d. Eidesleistung durch Stellvertreter. 347. — e. Ableistung eines mehreren Streitgenossen deferirten Eides durch Einen aus ihrer Mitte. 107. — f. Eidesleistung vor einem requirirten Gerichte. 108. — g. Erfüllungseid über den directen Gegenbeweis. 109. — h. Nothwendiger Eid auf Grund von Beweisen zuerkannt, welche schon vor dem Interlocute vorlagen. 351. — i. Eid und richterliches Ermessen bei Werthbeweisen. 111. 348. — k. Eid des Beschädigten zur Feststellung des Schadensbetrags. 349. 350. — S. auch unten Nr. 10 lit. a, ferner oben Hptstck. I Abth. F. Nr. 2 lit. c und Hptstck. III Abth. II, C. Nr. 1 lit. c.

9. Beweis durch Sachverständige. a. Durchschnittsprincip bei ungleichen Schätzungen. 353. — b. Expertise im Enteignungsverfahren. Richterliches Ermessen. 354. — c. Anfechtung eines Gutachtens von Sachverständigen. 224. Widerstreit mit gesetzlichen Normen. 258. — S. auch oben Nr. 8 lit. i. und k.

10. Beweis durch Geständniß. a. Außergerichtliches Geständniß. Eidesantrag darüber. 110. — b. Geständniß, in einer zurückgenommenen oder abgewiesenen Klage, oder in der Einlassung darauf vorkommend. 352.

11. Beweis durch Vermuthungen. a. Gilt eine Vermuthung dafür, daß der Verschollene bis zur Zurücklegung des 70sten Lebensjahres (oder bis zur Todeserklärung) gelebt habe? 254. 310. — b. S. oben Nr. 7 lit. m.

II. Von den summarischen Processen außer dem Concurse.

1. Executivproceß. Einrede mehrerer Streitgenossen. Consulatsatteste. 112.

2. Provocationen. Die Provocation zur Klage ist nicht gestattet, wenn der Provocant selbst klagen kann. 113.

3. Edictalproceß. a. Einfluß einer Edictalladung auf die sonstige Zuständigkeit des Gerichts. 114. — b. Anfangspunkt der Wirksamkeit eines Ausschlußbescheids. 226. — c. Wirkung der Präclusion, nach ergangener Edictalcitation, in Bezug auf öffentliche Generalhypotheken. 225.

I. Von den Rechtsmitteln.

A. Berufung.

a. Berufungszulässigkeit wegen Zusammenhangs. 227. — b. Berufungsversäumniß, vom Gegner stillschweigend nachgesehen. 228. — c. Ueber Rechtskraft der die Appellation abweisenden Decrete. 229. — d. Berufung den Streit-

Digitized by Google

genossen nützlich. 230. — e. Beschwerdeführung gegen die Entscheidung eines vom Obergericht committirten Untergerichts. 234.

B. Restitution.

a. Restitution wegen neu aufgefundener Zeugen. Fahrlässigkeit des Restitutionssuchers. Unzulässigkeit wegen Besorgniß der Subornation, beziehungsweise weil die frühere Beweisführung bereits eidlich ergänzt worden. 231. — b. Restitution einer proceßführenden Partei wegen bäuerlicher Einfalt und wegen Versehens des Sachführers. 232.

C. Nichtigkeitsbeschwerde.

Nichtigkeit eines Erkenntnisses wegen mangelnder vorgängiger ordnungsmäßiger Abstimmung. 233.

K. Executionsinstanz.

Vollzug eines Erkenntnisses auf Quittungsertheilung. 115.

L. Vom Gläubiger-Concurse.

a. Compensation im Concurse aus Contractsverhältnissen, welche vor dem Concurse begründet sind. 235. — b. Compensation im Concurse bezüglich gegenseitiger Ansprüche aus einem Pachtvertrage. Concurseröffnung. 236. — c. Locirung der Proceßkosten im Concurse. 237. — d. Wirkung der Güterabtretung im Concurse. 238. — e. Einfluß des Concurses auf ein Dienstmiethverhältniß. 239. — f. Stellung der Liquidanten im Concurse. Liquidationen über bereits eingeklagte Forderungen. 240. — g. Der Concurscurator behufs Annahme von Zahlungen der Autorisation der Obercuratel nicht bedürftig. 241. — h. Eigenthum an den Manualacten des Concurscurators. 242. — i. Ist die Statthaftigkeit einer Beschwerde über ein Prioritätsurtheil von dem Bestande der Activmasse abhängig? 355. — k. Paulianische Klage. Legitimation. Zulässigkeit der Erhebung nach heutigem Rechte. Betrügliche Absicht des Cridars bei Bestellung von Hypotheken. Anfechtung von Zahlungen, welche durch Zwischengeschäfte (Cession u. dgl.) effectuirt sind. 356.

Digitized by Google

Druckfehler-Verzeichniß.

(Fortsetzung des a. E. des Bd. VIII mitgetheilten.)

Band	I	S.	169	Z.	7 v. u. statt „ähnliches" lies „eheliches."
—	—	—	180	—	17 vor „diesen" schalte ein „bei."
—	—	—	184	—	5 v. u. statt „Art" l. „That."
—	—	—	206		statt „dans" l. „dantem."
—	V	—	453	Z.	2 v. u. statt „15" l. „5."
—	VIII	—	342	—	8 v. u. statt „351" l. „298."
—	—	—	461	—	10 v. u. setze bei: „— e. Stiftungen für Seelenmessen bei aufgehobenen Klöstern, fallen sie unter die Vorschrift des §. 65 des Reichsdeputations-Hauptschlusses?" 161.
—	IX	—	5	Note 2	Z. 2 statt „4" l. „41."
—	—	—	113	Note 1	nach „spoliat." schalte ein „X."
—	—	—	169	Note 1	Z. 1 nach „Entweichung" schalte ein „aus der Haft."
—	—	—	186		am Ende von Nr. 133 füge bei „(E.)"
—	—	—	266		statt der Seitenzahl „206" l. „266."
—	—	—	317	Z.	14 statt „339" l. „239."
—	—	—	333	Z.	13 nach „356" füge bei „Bd. 9 Nr. 310."
—	—	—	344	Z.	8 v. u. statt „schon" l. „schon."
—	—	—	413	Note 2	Z. 2 statt „bonae" l. „bonorum."

Bayerische Staats-Bibliothek MÜNCHEN

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google